法律专业技能训练丛书

The Contract Review

合同审查的思维与方法

风险控制与动态监管解决之道

李　杰　李宗胜／著

本书以真实案例为素材，从外聘律师、企业法务和企业家的角度，全面解读了合同制作、审查，尤其是动态管理的思维方式与技巧，形成了一个自洽的完整体系，是一本极具实用价值之作。

梁慧星、韩世远、王轶、于飞、谢鸿飞




法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律专业技能训练丛书

The Contract Review

合同审查的思维与方法

风险控制与动态监管解决之道

李　杰　李宗胜／著



图书在版编目(CIP)数据

合同审查的思维与方法:风险控制与动态监管解决之道/李杰,李宗胜著.—北京:法律出版社,2016.11
ISBN 978-7-5197-0247-2

Ⅰ.①合… Ⅱ.①李…②李… Ⅲ.①企业—经济合同—管理—中国 Ⅳ.①D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 262924 号

合同审查的思维与方法:
风险控制与动态监管解决之道
李 杰 李宗胜 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 李 群
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 29.25
字数 496 千
版本 2016 年 11 月第 1 版
印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@ lawpress. com. cn
网址/www. lawpress. com. cn
销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456
西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0247-2
定价:68.00 元

献给爱且善于思考的人

合同制作与审查的
“屠龙术”与“小贴士”

感谢中国社科院法学所，让我有机会为法律硕士讲授“合同制作与审查”专题课，恍然至今，已十余年。

多少有些令我尴尬的是，在当前法学教育的制度体系中，“合同制作和审查”很难找到它在学科中的位置，最多挂靠在“合同法专题”名下。我甚至曾经困惑过——这到底是不是一门学问？在法律硕士阶段学这样的东西有没有价值？

梅迪库斯在《德国民法总论》[1]中似乎也意识到了这一问题。他指出了德国法学教育考试中有关法律行为、合同考试的一个重要特征：

> “法学教育中要求学生解答的‘案例’，通常都是已经拟定完备的合同、遗嘱或者其他法律行为，当事人只是对这些行为的解释或执行发生纠纷而已。我很少见到另外一种类型的考试作业。在这种类型的作业中，案情事实叙述的，比如是一个企业家的财产关系和家庭关系，然后给出这个人处理其遗产的愿望。在此基础上，要求学生拟定出这个企业家的遗嘱——也许是与他的配偶一起立下共同遗嘱。类似的作业也可以是拟定一份合伙合同，或者拟定一份父母向其一名子女移转土地的协议（同时向受让人的兄弟姐妹支付补偿金），为一家清洁公司起草一般交易条件也可以作为考试题目。”

上述这段话的内容也完全适用于中国的法学考试。推而广之，我国的

---

〔1〕 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 352 页。

合同法教育也如此,它以成文法为核心,学习的内容是体系化的原则、概念、理论、制度和规则,重点是成文法如何适用。另外,成文法以普遍的、一般的法律事件为其规范情形,任何社会生活事实进入法律世界都被纯粹化了。当我们用法律规范去涵摄生活事实时,同样会剔除与法律无关的事实。具体而言,生活事实被一分为二:有法律意义的和没有法律意义的。其根源在于,成文法采用的是“if – then”规范模式。“if”就是构成要件,它挑选的是立法者认定的生活事实中最重要的事项。在生活事实经过这一立法抽象过程后,生活事实的具体情境和社会脉络很大程度上被忽视了,如当事人之间的关系、买方市场还是卖方市场、双方的经济力量的对比,双方运用法律的能力的差异等。法学院分析的案例都是合同当事人之间发生纠纷时如何处理,其考虑的事实主要是两大块:合同约定和合同履行,至于合同是如何通过谈判订立的,讨价还价的过程如何,双方的真实交易目的如何,甚至部分“令人惊诧”的条款,通常都不在考虑范围。

这种仅关注抽象化理论和规则的教育模式,不仅忽视了合同的本质是人与人之间的互动行为,其间涉及大量的人际沟通、理解、交流和合作,而且它也使法科生在体系化学习合同法之后,在制作和审查一份真实的合同时,往往会有力绌之感。经常有毕业生在工作后提到这样的问题:监理合同应当如何审查?要关注哪些风险点?这种法学教育造成了法学教育与法律实务多少存在脱节,更使学生丧失了反省法律制度的能力。

如果说成文法因为要调整不可胜数的合同,不得不牺牲当事人之间的具体情境,只能通过抽象的一般规则,为法院确立合同裁判规范和当事人的行为规范,那么合同的制作则涉及具体的张三与李四之间的具体事项,显然合同不可能做抽象化的处理,只能做具体和细致的约定。当事人订立合同最重要的目的之一,是在当事人之间分配未来的不确定和风险(经济学家 Knight 意义上的)。这就产生了因为人的有限理性而造成的窘境:合同制作者要在当下考虑未来当事人之间可能发生的一切对合同内容有影响的事项,要把未来“现在化”。另外还必须考虑如何在《合同法》框架下将法律规范转化为当事人之间的合同约定,使其成为当事人之间的“法律”。考虑到这些因素,合同制作与审查就不可能像数学推理或在既有的模板中填空,而是具有强烈 know – how 意味的实践理性。其难度也并不比

合同法案例分析简单，甚至要难很多。

所幸，一些实战经验丰富的资深律师出版了不少合同制作与审查的作品，一定程度上弥补了合同制作与审查的法学教育缺失。李杰律师的大作即为其中之一。与坊间的其他书相比，本书最大的特点形成了一个自洽的合同制作与审查体系，在界定合同制作与审查作为一种法律作业的性质的基础上，总结了合同制作和审查的思维方式，同时又提供了通用的方法。可谓提供了合同制作的“屠龙术”。但这种体系化的追求并没有抹杀作者对细节的关注，从作者自己实践经验出发，分析了合同制作与审查需要关注的细节和问题，各种暖心的 TIPS 随处可见。这或许是本书最独具匠心的内容安排，即抽象与具体，宏观与细节融为一体。兹略举数例说明。

合同法虽然以当事人平等为基本出发点，但在真实的合同世界，因为买方市场和卖方市场的存在(尤其是在国有经济处于强势地位的我国)，当事人的交易地位往往不太平等。作者专辟“平等原则的重新审视——等级秩序的天然存在”一节，提醒我们注意平等原则在交易中的适用真相。如果只是到此为止，不过是老生常谈而已，但作者进而将这类合同的当事人分为强势方和弱势方，分析合同制作中的特殊问题。比如，强势方在设定违约责任条款是否应将自己的责任细化和量化？如果是必须的，那么其思路应是什么？如果合同仅规定“甲方(强势方)应信守合同约定，如违约应赔偿乙方损失”，就意味着在强势方违约时，如何确定损失范围、如何计算损失、如何主张的主动权都在弱势方。因此，强势方在谈判及约定合同条款时应细化和量化违约条款，降低自己违约时的代价，即假定自己在无法履行合同约定时，如何以最小的代价使合同归于消灭。这就客观和深刻地说明了在整个合同订立和消灭过程中强势方和弱势方地位的变迁，也说明了合同条款制作不当可能会改变当事人之间强弱力量对比。

作者依据自己从业多年的思考和实践经验，提炼和抽象出了合同审查的若干重要方法，如环节分解法和诉讼倒置法，非常实用。如环节分解法既可以简化初学者制作合同时的思维负担，同时也可确保不会遗漏合同的重要条款。诉讼倒置法则从合同当事人之间最麻烦的关系——合作关系破裂入手，关注当事人如何通过合同安排来防免合作关系的破裂以及在这种情形出现时如何妥当安排双方利益。

整体上看,本书最大的特点是既能结合合同诉讼和非诉讼实务,又能兼顾合同法学理论的通说和争议。本书最突出的优点也恰好在于,它将合同制作与审查置于我国合同法理论与实务中,同时又关注了真实的合同交易过程。这就从根本上回答了合同制作与审查为什么必须关注一些重要问题和细节,又应如何关注。

不得不提的是,本书作者对自己的合同法诉讼和非诉经验倾囊相授,未做任何保留;不仅如此,作者似乎还生怕读者误解或不明白,尽可能将内容表达得通俗易懂,对重点内容甚至还多次重申。这样有诚意的律师作品确实并不多见。

李杰律师是我四川大学法律系的本科同学,在本科期间就博览群书,对民法尤其是合同法用力最深。他本科毕业后就从事律师工作,至今二十余年,在合同领域的诉讼和非诉业务积淀了深厚的经验。在律师事业有成后,感念自己初出茅庐接触律师实务时的困顿,为使青年律师不再重复自己当年走过的专业弯路,起意创作合同制作与审查的系列专著,毕道心得。经一年多的辛勤劳作,始成此作。这也是法律人对社会的一种深层回报吧。

基于以上种种,在旧友大作付梓之际,爰作数语,一为祝贺,祝贺他多年的思考精华面世;二为期待,期待后续的合同制作与审查专著面世。

中国社会科学院法学研究所研究员、民法室主任　谢鸿飞

2016 年 10 月 28 日

导　言

静下来时，我常想，作为获取利益起点与终点的合同，市场主体虽须臾不能远离，可为什么合同制作与审查不能成为独立学科？在法学教育中，法学院将合同制作与审查至于合同法学科之下，甚至毫无涉及；实务中，年轻的法务人员、律师只能在执业过程中自觉自悟，或师从成功的前辈而研习那些各具特色、独成体系的经验之作。

合同既然作为联系企业家与法务人员的纽带，那在他们各自的视野中，对合同内涵、作用的理解是否相同？他们关注的合同制作与审查的重点是否存有区别？或者说，因他们立场、思维不同其关注的重点是否有所差异？审查人员仅凭良好的法学素养及掌握的法学专业技能能否胜任合同制作与审查的工作？如不能胜任，那审查人员应如何契合企业家的需求，应如何确定合同审查的工作边界……诸多的疑问给予了我写作《合同审查的思维与方法：风险控制与动态监管解决之道》的冲动，历经一年，书稿终成。

一、合同审查中的合同是什么

对法务人员及法学院的学生而言，提出“合同是什么”的问题也许是荒诞可笑的，因无论是学术著作，还是合同法的规定，对合同概念的解读早已形成通说，即合同是设立、变更、终止民事法律关系的协议。但此种解读在实务中是否能给予法务人员以全面的、深入的观察合同的视角呢？答案是否定的，首先，从概念本身来看，认为合同就是协议，那协议是什么呢？协议是合同，这种相互循环式的答案显然是徒劳无益的，至于或设立、或变更或终止民事法律关系也仅是从静态的“效果”角度描述合同的功用，而非指明了合同的实质；其次，合同行为虽是法律行为，但其首先是经济行为，在

企业家视野中,合同是实现期待利益的工具及手段,签订、履行合同,妥协、启动诉讼、观察法律对合同的效力性评价无不在评估成本与收益的基础上做出,而对成本与收益的认识往往因企业性质不同而有所差异,有些企业家注重经济利益,有些企业家注重人格利益,有些企业家则并重经济利益与人格利益,也就是说,在对成本与收益评估时,企业家的视野中并非只有货币成本,其常掺杂着人格利益因素,致命的是,具有决定权的决策层的人格利益因素虽会对合同的签订、履行有着决定性的影响,但却极具个案性,且并非总会让外人知晓。既然如此,如法务人员仅从所产生的"效果因素"层面,而不是从"影响效果发生因素"层面去理解合同的定义显然是本末倒置,其很难在合同制作与审查中取得契合当事人需求的效果,也难以获得当事人的肯定性评价。

麦克尼尔在《新社会契约论》中谈道,"所谓契约,不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系……某些交换的因素,不是立即发生,而是要到将来才发生。"麦克维尔"未来交易关系规划"的论点虽更契合合同的动态发展过程,但由于忽略了签约前的磋商过程而略显片面。实务中,作为获取利益的合同行为既然是经济行为,其势必是一个动态的讨价还价过程,以合同签订和履行完毕(包括非正常终止)为时间标志,可将合同划分为三个讨价还价的过程,协商阶段 t1 是第一个讨价还价的过程;履约阶段 t2 是第二个讨价还价的过程;诉讼或仲裁阶段 t3(如有)是第三个讨价还价的过程。t1 阶段的目的是达成交易,当事人依据自己的合同地位强弱、交易的急迫程度、合同目的等与相对方博弈,其中既有坚持也有妥协,拟订的合同条款是在已知因素的前提下,对未来形成规划,规划的主要内容除明确合同各方应取得的期待利益外,还包括在"预测"履约障碍出现而影响利益实现时提前设置应对措施;合同一旦签订则进入 t2 阶段,由于未来总是未知的,突发事件、合同目的、合同心态的变化,经济环境、政治、法律、政策的改变都会使原来深思熟虑的合同条款在活生生的现实面前显得无能为力。"合同一旦签订则须严守"的规则固然在理论上并无争议,但市场经济需要的是务实,其目的是实现规划的利益,而不是为形成刚性的争论和是非对错的严格区分,由此,在完成交易的利益驱动下,相互的妥协,再次的讨价还价难以避免;t2 阶段,如因情形变化而不能使合同各方妥

协而达成一致,纠纷则会演化成诉讼或仲裁,但即使在诉讼或仲裁过程中,当事人一样可以且会再次地讨价还价。由此观之,合同是一个讨价还价的过程,是当事人本着“人的有限理性”,基于“现在总与未来不同”的客观事实而准备随时实施“以动制动”策略的过程。

二、合同审查的势与术

所谓势,是指趋向、趋势、主观变化和宏观、微观环境的变化;所谓术,是指行业和法律专业技术。本书之所以论述势与术的关系是基于“仅掌握行业和法律专业知识不能胜任合同制作及审查工作”的论述。

学界中,鲜有学者专门就合同制作与审查撰写著述,实务界中,大多会从法律专业的角度去论述合同的制作与审查,而极少涉“势”的分析,究其原因,是论者为保持观点的正确、全面,为显示论者所拥有的与众不同的高深水平,而或多或少地脱离了真实的合同交易过程,或者说,在论述中加入了不能为他人考证的冥想与假定的成分。久而久之,“术”的横行催生了热衷合同版本制定的群体,衍生了企图用网络技术制定合同的现代派。事实上,合同的制作与审查无法缺失审查人员的主观能动性,主观能动中的一个重要部分是要求审查人员能够做到“度势”。严格地讲,在合同领域,“专业技术”与“势”均属于变量,但立法技术的要求使“制定法”因具有一定的前瞻性而相对稳定,而“势”则是一个很大的变量,加之不同性质的当事人对“势”的变化的感受方式与能力不同,更使这种变化极具个案性。如合同制作与审查企图以不变应万变,几乎与缘木求鱼无异。

比如,在《建设工程施工合同》的签订上,房地产市场好的时候,施工方对于垫资金额、时间可适当放宽,转而追求垫资的利息收益,而在房地产市场低迷的时候,对于是否垫资、垫资金额、担保等确保垫资资金安全的追求则上升为第一位,垫资的资金利息虽依然重要,但重要性则有所下降。再如,企业性质不同,规范当事人的规则不同、对潜在的责任认识不同,决策层的心态不同,这无疑会影响着合同的签订与履行,甚至影响着纠纷解决方式的差异,如国有企业,决策层的责任承担有着独有的特性,即风险与利益的相对不匹配性、持久的不可逆性、风险被引爆的不可控性、处理结果的彻底性、约束规则的高标准与多样性,这种国事、家事、天下事我全管,国

法、家法与道德全管我的局面势必会影响国企决策层的心态,而这一切并非是“术”可以解决的问题。当然,合同目的的考量、政治因素的影响、当事人痛点及可替代性分析、市场的变换等影响合同签订及履行的因素均非属于“术”范畴。因此,审查人员如仅仅靠掌握的专业知识就从事合同的制作与审查的工作无疑有了滥竽充数的嫌疑。

三、合同审查的边界

合同制作与审查的目的是排除、设置或分配风险,明晰合同审查的边界实质是涉及为谁排除风险,排除什么风险两个问题。首先,关于为谁排除风险的问题,或者说你服务的客户是什么,作者在调研或培训中,曾多次向法律专业人士问及什么是企业客户这一问题,令人大跌眼镜的是,专业人士给出的答案往往是:“客户是委托人”,而在问及什么是委托人时,答案又是:“委托人是客户”。当换一个问题,问“家”是什么时,基本上都会回答家由父母、配偶、子女、车子、房子等组成。其实,无论是客户、企业,还是家都是一个抽象的概念,其构成均依托于重要的填充物,如审查人员将自己的服务定位于一个不知具体构成的抽象概念时,则很难做到有的放矢,即使成功,也充满着偶然性。企业是一种资源配置,其中包括人才、资本、土地、领导才能。从构成企业的填充物看,决策层、经营层及合同的具体执行人员都属于审查人员服务的范畴,也就是说,审查人员排除风险的范围除包括企业自身外,还应包括企业的决策层、经营层及具体的合同执行人员,只有如此,合同的制作与审查才能做到不顾此失彼。

至于合同审查应排除什么风险的问题,审查人员首先应明晰合同的地位,即区分所审查的合同在当事人的经济链条中是“工具性合同”还是“目的性合同”;其次,从宏观层面审查合同的签订或履行是否会带来系统性的风险;最后,从微观层面审查合同的具体条款看其权利义务的体系安排是否合理,或是否存有漏洞。唯有如此,才能判断当事人实现合同目的的紧迫程度、才能分清主次矛盾、才能在履约中准确拿捏坚持与妥协的度,也唯有如此,审查人员制定的策略才不失针对性。

本书站在实务运用的角度,尝试着列举了广义合同审查与狭义合同审查的区别;描述了动态审查与静态审查的边界;对合同法中的平等、合法、

诚信原则进行了重新审视；提出了环节分解法、诉讼倒置法、扩展法等审查合同的方式；在合同审查主体上，明确了审查人员的定位及困境，并提出了困境解脱的办法；在合同审查客体上，对合同是否应该严密、合同语言是否可具有歧义、合同起草权争取等情形提出了“因客观情况不同而应有所差异”的观点；在主观范畴考量上，详细论证了合同心态与合同目的对合同签订、履行的影响，明确了在实务中，合同目的的内涵应突破学界对合同目的的界定，即不应仅限于经济利益，而应同时考量人格利益的现实性与重要性；在合同权利体系构建中，对合同权利重新进行了分类，将合同权利分为核心权利与筹码性权利、非核心重要权利，并提出了“以我为主”的权利体系构建思维；在履约障碍一章，分析了合同法的立法局限及无奈，明晰了救济板块的功能及设置思维……

鉴于作者能力限制，也许有很多观点还不成熟，甚至难免存有漏洞，但这不影响我们继续探索，同时也希冀广大同行批评指正。


CATALOG
目 录

第一章

合同审查概述

第一节　合同审查的概念

一、合同风险概述

（一）合同风险的成因

1. 风险的来源

合同审查是合同各利益方博弈中的一个重要环节，博弈的内容是风险的排除、转嫁与分配。因此，在讨论合同审查时首先应明晰什么是风险？风险从哪来？谁是承担风险的主体？

站在审查人员的立场明晰风险概念的实质是明晰服务的内容。合同风险或潜在风险是现实与规则的一种冲突状态。合同是获取利益的源泉，主观上，当事人的自利性决定了其对自身利益最大化的期待；合同关系中此消彼长的态势，决定了当事人之间的对立统一。客观上，在交易中，当事人之间的合同地位有着强势与弱势、能力高与低、诚信与背信的差异，对利益最大化的期待与相互对立的立场，使冲突的产生成为必然。“冲突”冲击的是交易秩序、交易安全和社会正义等价值观念。“规则”是当事人参与市场活动应遵循的标准，其目的是维护交易秩序、交易安全和社会正义。现实中客观形成的对秩序的“冲击”与规则欲“维护”的秩序之间形成攻防，“风险”由此而生。因此，风险来源于现实和规则的冲突。

2. 风险来源的多样性源于规则的多样性

站在审查人员的立场探讨风险来源的多样性实质是为明晰审查人员

的服务视角和审查深度。因无论是排除风险,还是主动为相对方设置风险,前提是审查人员对各种风险来源的了解和掌握,只有知道风险的来源才能有的放矢地制定防范或排除风险的策略。千姿百态的经济生活,体现到合同中,表现为合同种类的多样性。规则,作为市场秩序、安全及社会正义的守护神,针对纷繁的交易行为,形成了复杂的规则体系,其中既包括体现国家意志的法律和规范群,如法律、法规、行政规章、政策、地方法规及各种规范性文件,也包括体现当事人意志的管理制度群,如公司章程、公司管理规定以及当事人之间就具体事项通过协商而形成的具有拘束力的规范——合同。制定合同规范的主体不同,体现的当事人意志不同,从而决定了当事人所面临风险的不同,产生的责任亦不同。[1] 如合同履行的过程中,当事人的行为触犯了刑法规定,当事人则面临刑事责任的追究;合同本身违反强制性效力性规定的,会导致合同无效;合同违反当事人内部的管理制度的,可能会引起附加风险,如党纪政纪处分,甚至会面临行政风险,或刑事风险;当事人违反合同约定的条款,则面临着被相对方追究违约责任的风险。

(二)承担风险的主体

站在审查人员的立场探讨风险承担主体的实质是明确审查人员的服务对象,或者说审查人员应为谁排除风险。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 2 条第 1 款规定:"本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。"[2] 按照《合同法》的规定,既然合同是平等主体之间的协议,那么风险是不是仅存于签约的平等主体之间?在委托方为法人主体时,审查人员是不是仅为法人主体服务?答案显然是否定的,理由如下:首先,以企业法人为例,企业在本质上是"一种资源配置机制",其配置的要素包括劳动力、资本、技术、企业家才能、土地等。从企业的本质可看出,企业家是企业的构成要素,是企业的构成部分,因此,无论是外聘律师,还是内部人员,既然其工作范围是排除企业风险,这其中当然包括排除作为企业要素之一的经营层和

[1] 刘立峰:《宏观金融风险——理论、历史与现实》,中国发展出版社 2000 年版,第 10 - 11 页。

[2] 实务中,法人主体之间的合同占据了大多数,没有特别说明,本书所指合同均指两个或以上法人主体之间的合同。

合同执行人员的风险；其次，法人作为拟制主体，需要由决策机关做出决策，包括决定是否签署合同，合同签署后，还需要由执行层具体实施。决策者和执行者面临的风险能否得以有效排除对交易的达成及合同的履行会产生至关重要的影响。因此，合同风险并非仅存于当事人之间，当事人的决策机构、经营层、具体执行人员也会因合同的签订及履行面临风险。由此，审查人员的服务对象不仅应局限于委托方，还应当包括委托方的决策机构、经营层和具体执行人员。

［**案例1－1**］甲公司与乙公司签署一份《施工合同》，合同约定乙公司负责将甲公司一宗土地上的高压线路进行迁改。乙公司在实施线路迁改过程中，由于电力调度主体未协调一致，在拆旧线路没有停电的情况下，乙公司的工作人员开始作业，酿成群死群伤事件，造成巨大损失。善后处理的结果是甲、乙公司承担了经济赔偿责任，甲、乙公司总经理及分管安全生产的领导，承担了相应的管理责任。

从案例1－1中可以看出，因合同产生的风险，其承担主体并不仅仅限于当事人之间，决策机构、执行层也是当然的风险承担者。为了表述需要，我们将当事人可能面临和承担的风险称为合同直接风险，当事人的经营层可能面临和承担的风险称为附加风险。区分风险承担主体范围的意义在于，合同审查人员在审查合同时，除考虑当事人之间存在或潜在的风险外，还应考虑以下两点：第一，根据当事人的现状，如企业性质、发展阶段、经营层主要领导的心态等因素，考量合同的签订及履行会使委托方经营层面临什么样的风险、该风险能否排除、如何排除，若不能排除会带来什么样的后果，该后果经营层是否愿意承担、其是否有能力承担；第二，合同的签订及履行给相对方经营层可能带来的不利影响，其是否会影响到合同的签订及履行；如何在不损害委托方利益的情况下排除该不利影响；如不能完全排除，使用何种手段或提出何种理由说服对方以期不影响交易的达成。

（三）风险的排除或设置——策略的制定与反制

1. 合同作为利益博弈的基本原理

获得期待的利益是当事人签订合同的起点和终点，离开利益关系，合同既无从产生，也无以存在。合同中，利益的统一性、冲突性决定了当事人之间既有合作也有冲突。无论是风险的排除，还是将风险分配到对方承

担,均是当事人合作中所采取的博弈手段。合同是交易双方期望交易的功能同时对双方都发挥作用,其评估成本与收益的过程,是一个依据现在已知成本和未来未知,但可推测的成本去评估效益。因推测的成本是一个变量因素,那当事人须确定哪个变量是最大化收益的变量。"变量"的选择与确定必须顾及相对方的"变量"选择与策略,并据此制定应对策略。合同博弈就是在预判相对方变量及策略的基础上制定自己的反制策略。

2. 博弈论的视角观察风险的排除和设置

契约是当事人之间,对将来交换过程中可能出现的诸种因素的预设。某些交换中的因素,并非立即发生,而是要到将来才发生。[1] 审查人员需要对"将来才发生的因素"需要作出预测并作出事先的应对,合同体系的设置就是将这种预测和应对策略予以固化。从这个意义上讲,合同博弈的过程是当事人的预测行为、实际行为和应对策略相互印证、相互矫正的过程。合同文本固化的是当事人的预测行为和应对策略;合同进入履约阶段,当事人实施的是"实际行为"。如预测行为与实际行为相一致,或未出现质的差异,或仅属于程度而非质上的失误,均可应对自如;而反之则相反。至此,在签约阶段的"预测行为"即对相对方或然性行为的预测是否准确成为合同审查的关键。合同条款中风险的排除和设置实质上是"预测行为"在合同文本中的具体体现。引申到具体策略的使用,就如"囚徒困境"悖论被克服的关键是让他们相互信任并坚守承诺一样,合同的顺利履行须依托于当事人之间相互信任并恪守承诺。但如"囚徒困境"中囚徒的自利驱动会让他怀疑另外一个囚徒的承诺是否可靠,因另一个囚徒有放弃承诺的利益驱动一样,当事人之间基于自利性也会相互怀疑相对方在利益驱动下作出违背承诺的行为。因此,建立一个可置信承诺的机制十分必要,该机制让违反承诺的一方受到巨大的惩罚。于是,在《合同法》的框架下,作为应对策略之一的救济板块应运而生,救济板块的设置目的是假定当事人在巨大惩罚的威慑下不会因自利的驱动而做出违背承诺的行为。合同审查中,作为风险排除和设置的"预测行为"是引领审查工作之纲。审查的目的和纲要已清晰,那接下来应知悉所审查的内涵是什么。

---

〔1〕 [美]麦克尼尔:《新社会契约论》(修订版),雷喜宁等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 4 页。

二、合同审查的内涵

合同审查是排除当事人风险，实现合同目的的重要环节。从纳入审查的工作内容看，合同审查分为狭义的合同审查和广义合同审查。狭义的合同审查是按照法律法规以及当事人的约定，对合同内容、格式进行审查；广义的合同审查则贯穿合同谈判、履行、争议解决、管理的全过程。广义合同审查旨在排除合同的直接风险和附加风险，其针对的风险类别包括刑事责任风险、行政责任风险、民事责任风险、党纪政纪风险和其他风险。其针对的主体包括当事人、经营层及合同的具体执行人员。狭义合同审查侧重防范合同直接风险，即因合同签订、履行带给当事人的风险，所排除风险的类别侧重于民事责任风险。

（一）广义合同审查的内容

1. 审查合同与强行法是否冲突

审查合同设定的形式、内容、目的是否与强行法的规定相冲突，如存在冲突是否可以规避？如不能规避，则需评估冲突带来的法律后果与当事人预期之间的差异，并评估当事人是否能够接受这种后果。

2. 审查当事人的防火墙规则

防火墙规则是当事人的内部管理制度，制定管理制度的目的在于规范与保护。规范的对象是内部人员，其要求内部员工均应按照公司制度开展活动；同时，制度的设计也是保护经营层的一种方式，在经营活动中，只要经营层按公司规定的流程、程序作出决策，在具体经营过程中照章办事，即使出现风险，公司承担了不利后果，经营层的责任也会被适当弱化。

3. 具体合同模式及条款的安排

审查人员依据当事人的需求设计适当的合同模式、安排合同具体条款、构建相适应的权利义务体系。在没有法律或其他操作障碍的前提下，合同模式的设计首先应遵从当事人的目的，做到合同模式反应的合同目的与当事人真实的合同目的相统一。但在实务中，当事人的合同目的与法律、法规的规定存在冲突在所难免，合同模式的适当改变，有时可形成对法律的有效规避。例如，根据我国法律规定，房地产项目的转让需要具备一定的条件。在项目不符合转让条件时，审查人员可将项目转让的合同模式

转变为股权转让、增资入股合同或其他模式。当然,合同模式的设计与更改不是万能的,如试图通过合同模式的设计掩盖当事人的非法目的或损害他人利益,当事人预期的效果将难以达到。

4. 控制履约过程

履约控制包含了两个层面的工作:一是,通过履约控制,确保履约行为不脱离当事人事先设置的大方向,修正合同谈判及签订时存在的缺陷,应对履行中出现的新因素;二是,有选择性地、有效地记录履约过程,所形成的资料要能作为证据使用。

5. 参与争议解决

合同行为是一种经济行为,而影响经济行为的因素,如商业环境、法律规定、当事人心态等随时处于变化之中,合同争议的产生则在所难免。合同审查人员应根据具体情况综合评估,确定争议解决的方式,参与争议解决的过程。

6. 管理合同档案

合同档案的管理有着重要的意义:一是,发生纠纷后,合同本身就是重要证据;二是,合同档案既是对企业经营过程的记载,也是对企业经营层决策、执行过程的记载。档案承载的不仅是企业的发展过程,其也承载了对经营层功过是非的记录。

(二)采用广义合同审查的原因

合同审查的目的既然是排除风险,那当事人、经营层和合同具体执行人员面临的风险当然应在排除范围之内;刑事、行政、民事、党纪政纪风险应无一遗漏。这无疑是一个综合性的系统工程,并非由一个单纯的合同就能解决上述所有问题的。因此,决定采用广义概念上的合同审查,还是采用狭义概念上的合同审查应考虑下列因素:

1. 合同会引发何种风险与风险承担的主体

契约自由是合同法赖以构建的基石,其包括缔约自由、选择交易对手的自由、决定合同权利义务体系的自由、变更和终止权利义务关系采用何种形式的自由。[1] 但契约自由,并非是完全的自由和真空中的自由,尤其

〔1〕[德]梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2003年版,第61-62页。

在长期缺乏私法精神的中国,公法强行法、内部管理制度对契约自由的限制弥漫诸多领域,限制手段花样百出。当事人签署、履行合同的自由是在公法强行法及内部管理制度框架内的自由,签约时其必须考量可能对当事人、经营层及具体执行人员会做出否定性评价的法律规范和当事人内部的管理制度。对"否定性"评价的认识,不应仅关注合同内容本身,即仅仅从内容上考察其是否有效或无效。固然,合同无效属于对合同效力的否定性评价,但追究当事人或经营层的刑事责任、行政责任、党纪政纪责任自然也属于因合同行为引发的否定性评价,一定意义上,该否定性评价引发的后果可能会比单纯的合同无效更严重。做出"否定性"评价的依据来源多样:强行法的规定、国家及地方政策、公司内部管理制度、执法者的认识水平的差异,甚至一些偶然因素都会成为做出否定性评价的依据。审查人员在审查合同时,除应关注合同内容不违反、不排除强行法适用外,还应充分考虑当事人的性质、管理制度、具体合同价值因素,否则可能会给当事人带来不必要的风险。

[**案例1-2**]某市工会,为让工会经费增值,经集体研究决定借款给甲公司。囿于历史原因,该公司登记资料载明为国有,但实质上为私营。工会以自己名义与甲公司签订了《借款合同》,合同中明确了借款金额、期限、高于银行同期贷款利率的利息、违约责任等条款。《借款合同》签订后,双方严格按照合同约定履行了合同义务,工会按合同约定时间回收了借款本金、利息,并严格按照财务规范进行了财务处理。工会主席在调离工作岗位时,审计单位对该借款行为提出了质疑,并出具了审计意见。该市领导知悉该事件后,勃然大怒,指示严查。最后工会主席被以挪用公款罪判处3年有期徒刑。

在案例1-2中,我们不探讨工会主席被判刑是否冤枉,但从已形成的事实看,工会主席是因签署《借款合同》被追究刑事责任。在签约时其主观目的是让工会经费增值,但客观结果却给自己带来牢狱之灾。该案例的发生有偶然因素,也有必然因素,在签约时如果审查人员在审查《借款合同》时多思考几个问题,是不是能避免悲剧的发生?如审查人员提醒工会主席对工会的主体性质、工会经费的来源、工会经费的支出、工会经费增值的用途、借款不能回收给个人带来的风险做出全盘考虑,不知道工会主席是否

还会签署《借款合同》? 因此,审查合同不应先着眼于合同具体条款,而应立足于宏观层面观察签订的合同是否排除了当事人和经营层的刑事、行政、党纪政纪风险。不违反、不排除强行法的适用,不违反当事人内部管理制度,当事人及经营层不会涉及刑事、行政责任和党纪政纪责任是合同审查得以继续的前提。

2.《合同法》在面对复杂个案时的局限

《合同法》的制定是在充分借鉴发达国家的理论研究成果和立法体系安排的基础上,结合我国的现状制定出的。《合同法》的制定和生效,是我国社会主义法制体系建设中里程碑式的事件,但《合同法》作为普遍适用的法律,其只能高度抽象形成共性规则。《合同法》虽规定了诸多类的有名合同,但仍不可能对纷繁复杂的所有具体合同作出专门性规定。

同时,《合同法》整体的体系安排也有诸多不尽如人意的地方,例如,关于违约行为和违约责任的规定。违约责任在合同中有着重要作用:首先,针对违约行为设定的违约责任条款是预先纠偏条款,其通过预先对违约行为的后果进行规定,实现对当事人的震慑,目的是保障合同的顺利履行,促成交易的完成;其次,违约行为和违约责任条款的设置,是对合同守约方的补偿和对违约方的惩治,体现法律的衡平;最后,违约行为和违约责任条款是合同完整性的体现。《合同法》以救济为中心,出发点是想体现实用主义思路,但细分《合同法》的体系,救济的重点基本都放在总则部分,对违约行为和违约责任做了高度抽象,而对具体合同的违约行为及救济未做具体化、针对性安排。在审定的合同中,如未能细化违约行为并匹配对应的违约责任,而仅转介适用《合同法》总则的规定,其结果往往会使操作性缺失,一旦出现违约行为,违约救济的目的难以实现,最为关键的是,因违约责任应有的震慑功能被削弱,机会主义者的投机行为出现概率大增。因此,审查合同时,审查人员须关注《合同法》的规定,但绝不应拘泥于《合同法》的规定。

3. 对规则随时进场与随时离场的准备

规则出台的目的是规范所有参与市场主体的行为,其规范的范围不仅包括市场参与者,也包括裁判者。规则的稳定是正常交易秩序得以保持的前提,否则会让作为“规则遵从者”的市场参与主体无所适从,甚至会成为规则的破坏者。规则是否稳定看起来与市场参与者无关,但事实并非如

此。规则的制定者制定出的规则必须具有“前瞻性”和“适度性”。“前瞻性”可避免规则的朝令夕改;“适度性”可在一定程度上引导市场参与者的遵从,避免受其破坏。如果制定的规则不具备前瞻性和适度性,市场参与者会千方百计地研究规则漏洞,力图以“合理”的方式规避规则的“不合理”,甚至不惜破坏规则。制定者为避免参与者利用规则漏洞,只有随时出台新的规则以填补旧规则的漏洞。如此循环反复,会形成“新规则随时进场、旧规则随时离场”的恶性循环,规则的稳定性无从谈起,更不要奢望正常的交易秩序,而这些恰恰给予了机会主义者以投机的机会。

例如,在足球比赛场上,一方球员正准备抬脚射门,此时,裁判吹响哨声,球员被迫停止进攻。此时裁判告诉球员,我现在要修改进攻规则,虽然你的进攻行为符合原来的规则,但根据新规则可认定你的进攻行为违规。如是这样,球员会随时面临着规则的改变,整个比赛就无法进行。这个例子看似荒唐,但实务中却屡见不鲜。实务中,市场参与主体渴求相对稳定的规则,但社会与经济的发展、新交易模式的出现和其他各种新生因素的冲击都与规则的稳定性形成天然的冲突,加之规则制定不可能完全避免的滞后性和某些群体对规则漏洞研究获利的成瘾性,致使规则的变化和临时的行政干预变得具有突发性和不可预测性。如 2015 年股灾过后,股指期货交易规则的变化,对场外配资接入的清理工作、熔断机制的实施与取消都把行政干预的突发性和不可预测性体现得淋漓尽致。因此,审查人员应充分认识到规则的稳定是相对的,其有时仅是规则制定者的一厢情愿,只能停留在理论层面。作为市场参与主体代表的审查人员在审定合同时,在遵从规则,或者利用规则漏洞,或者在成为规则破坏者时应充分关注己方或相对方所遵从或破坏的规则随时会面临新规则的进场和旧规则的离场,并在此基础上做出评估及应对。

4. 对当事人内因的考量

对当事人内因的考量包括心态变化的考量和管理要求的考量。市场参与主体性质不同、发展阶段不同左右着决策层的思维和心态,决定着当事人内部管理制度的制定和实施。[1] 体现到具体合同,表现出以下不同:

---

〔1〕 南开大学 Mpacc 中心:《高级审计理论与实务》,南开大学出版社 2005 年版,第 147 - 173 页。

一是,侧重的责任风险不同,动力强弱不同。国有企业经营层不但要关心经济,还要讲政治,其在关注经营效益的同时,更关注自己潜在的各种责任风险和社会评价。其中,刑事责任牵涉人身自由;行政、民事、党纪政纪责任牵涉职务的升迁,即使在生存阶段,国有企业经营层为企业自身发展而不惜以身试法的动力也比较弱。民营经济的经营层,尤其是公司股东担任经营层的主体,在生存阶段,侧重点是获取经济效益。当然,其也会关注其他类型的责任,但关注度远不及国有企业经营层高,有时甚至为了经济利益,会瞒天过海、铤而走险。其因企业生存而挑战规则的动力强劲,这使许多大型民营主体很难逃脱原罪怪圈,但当其发展到一定程度,野蛮的成长方式往往会有所收敛,规避刑事责任、行政责任的意识会随着企业的发展而逐步增强。

二是,管理体制和流程的不同,反映到合同审查上的关注点不同。国有经济主体,无论是重大资产处置或购置、重大对外投资等,除按规定走完企业内部决策流程外,有些还须按规定履行审批或备案程序,其中部分审批或备案的要求并非基于法律或法规的规定,而是行业或上级管理机构的制度使然。民营经济主体,涉及上述重大事项时,只需按照公司章程或制度要求由决策层通过即可实施,甚至有些公司章程或管理制度仅仅是一个摆设,在效率面前,章程或制度的效力往往被削弱,形式意义大于实质效果。管理体制和决策流程的差异,使不同性质的主体所签合同中涉及的不确定因素不同,这种差异也会导致合同风险点不同。审查合同应高度关注上述差异,针对不确定因素引发的风险做好防范,否则,当事人面临的风险不但会增加,更为严重的是合同目的可能会因此而落空。

5. 广义合同审查应有的观察视角

(1)利益层面。合同行为既是经济行为也是法律行为,但无论是经济利益还是人格利益,均是当事人追求的合同目的,合同行为是作为实现合同目的的手段而存在的。站在当事人的角度观察,与其说合同行为是一种法律行为,倒不如说其是一种经济行为。明确此点,利于审查人员了解当事人签订合同的目的,并综合判断其是否具有可操作性;审慎考量经济环境、相对方的履约能力、社会资源的占有因素,推导合同在履行中可能出现的障碍,并事前在合同的各个讨价还价阶段做好应对。

(2)规则层面。风险来源于现实与规则的冲突,审查合同不得不审视

既存的规则。对规则层面的认识应从两个方面入手：

一是，规则的运用与合同。制约合同签订及履行的规则包括法律、行政法规、部门规章、地方性法规、国家及地方性规范文件、行业管理制度和企业内部管理制度，以及一旦签订便具有强制拘束力的合同等。理想状态下规则与合同的关系是：当事人、合同目的、合同模式、构建的权利义务体系均符合规则的规范要求。但未来的未知性使理想与现实之间存在差距，完美的理想概念在矛盾交织的现实中往往只能以不完美的镜像展现，不完美的镜像就是冲突和矛盾的真实写照，其中包括合同行为与规则的冲突与矛盾。反映到合同实务就存在：签约阶段假定的各种条件与履约阶段的现实因素之间的矛盾；拟实施的合同行为与规则之间的矛盾；商机稍纵即逝与交易达成所需时间的矛盾；经营项目被赋予政治考量和人情世故与规则之间的矛盾；新生事物对原有规则的挑战等都会对规则形成冲击，都或多或少地影响着合同。审查人员对上述客观存在的问题应须正视，并依据不同情形做出自己的决断：对完全合规的合同应予放行；对具有绝对风险的合同应建议放弃；对不合规但通过变通可做到合规的合同则变通绕行。

二是，规则的认识与合同。经营层的规则意识有强弱之分。委托方经营层规则意识强，审查人员的工作难度小；反之相反。在委托方经营层意识偏弱时，审查人员不但要正常开展审定工作，还要担负起说服和引导工作，并且随时准备委托方违反规则的善后工作；合同相对方经营层规则意识强，谈判、履约控制难度大，但合同一旦签订则被遵守的可能性大；意识弱，谈判难度相对较小，履约控制的难度未知，在相对方不在乎且愿意配合时难度较小，在其因不在乎而不予配合时难度会增大，且审查人员随时需准备应对其实施违反规则的行为。理论上讲，审查人员只要将合同制定的严谨、规范，就可以不在意委托方和相对方的规则意识的强弱，但事实上，合同是否签订及如何履行的最终决定权在委托人，审查人员即使可提出自己的建议，但却无法左右委托人的意志。“严谨”和“规范”的法律行为，在以利益追求为导向的经济行为面前只能作为锦上添花的行为存在，千篇一律的“严谨”和“规范”的合同在规则意识强弱不同的委托方和相对方面前并没有多大的生存空间。

(3)心理层面。合同是当事人之间关于利益分配的博弈，风险往往与利益相生相伴，能准确判断潜在风险的能力固然重要，但强大的心理更加

重要,无论是放弃,还是坚持,都需要强大的心理。实务中,合同各方主体心理的较量从合同谈判就开始存在。一般而言,合同的签订是建立在知己知彼的基础之上,而知己知彼的过程是一个了解客观情况和心理分析的过程,客观情况的了解是心理分析的基础,做出签约与否的判断是心理的决断;合同履行阶段是另外一个讨价还价的阶段,当事人之间主被动关系的变化、强弱态势的转化、利益的变相交换与转化无一不是基于现实状态的心理博弈。审查人员在审定合同及控制履约时应紧扣合同目的,结合不同阶段的客观情况,密切关注委托方和相对方的心理变化,并依据此变化,及时建议调整委托方的应对策略。

三、小结

规则与合同类型的多样化决定了风险类别的多样化,对审查人员而言,排除风险是一项综合性、系统性工作,其不仅需排除当事人的风险,还要排除经营层和合同执行人员的风险。审查合同如局限在《合同法》规定的框架之内,拘泥于合同条款本身,很难达到预期效果。正确的方式是分类考量,综合评判,做到静态和动态的有效统一。因此,本书采用广义合同审查概念。

第二节　合同审查方式

一、静态审查

(一)静态审查的概念及局限

书面合同是当事人参与经营活动时对事先商定的双方权利义务予以限定和固化的方式。静态审查是指对合同文本自身约定的内容进行审查,是静态地看待合同约定的内容、安排的权利义务机制等能否实现当事人期待的法律后果。[1] 静态审查是综合合同签订时的已知因素,就事论事,其

〔1〕 张建义:《公司法务工作中的合同审查和风险防范》,载《法制与社会》2014 年第 9(上)期,第 77 – 78 页。

关注的是合同签订时第一个讨价还价的过程,该过程在合同签订时结束。在合同文本签订前,静态审查会预测到可能存在的风险,甚至可以预测风险发生的概率,会设计应对突发、意外事件的策略,但这仅仅是审查人员例行公事般的运用洞察力并在此基础上分析的结果,其并无法关注履约阶段真实发生的突发事件和意外与合同签订时的预测有无变化;无法关注合同履行过程中各方主体出现的那些可能影响合同目的实现的变化,如资质、心态、资信、经营环境、管理机构、人员的变化等;无法考虑合同签订后法律、行政法规、地方行政法规和行业管理法规、行政命令的变更。因此,尽管静态审查能够预测到风险和风险发生概率,但却无法准确评估风险在真正发生时对合同目的或合同履行必要性的冲击力度,实践中,需要使用的应急性、针对性策略必须考量风险的真实冲击力度,而不能千篇一律地使用之前确定的所谓应对措施。

(二)静态审查的内容

静态审查的内容是按照法律法规以及当事人的约定,对合同的主体、内容、格式进行审核。包括:审查合同的主体是否适格;根据当事人在谈判、签订合同时的强弱地位,结合委托方拟实现的合同目的,准确界定各自的关注焦点和追求目标的差异,并据此设计相应的合同条款;审定合同是否成立,合同形式要件是否满足法律要求;合同是否生效、何时生效、是否存在效力待定、不生效和无效的情况,是否存在需第三方审批的情形;合同权利义务的设置是否真实地反映出委托方要达到的合同目的,权利义务的设置是否全面,是否具备可操作性、是否均衡;权利义务条款的终止、解除及对应的法律后果;权利义务实现的时间要求和对应的法律后果是否完善。

二、动态审查

(一)动态审查概述

1. 动态审查与完美的合同

契约仅仅是当事人规划未来的交易关系。[1] 这种规划是基于特定的环境,其中包括:特定的合同目的、合同心态、法律环境、经济环境、诚信体

[1] 孙良国:《关系契约理论导论》,科学出版社2008年版,第89页。

系。姑且不论当事人自身对特定环境的认识是否与客观情况存在差异,即使我们假定其认知未受到有限理性和有限知识的限制,其一样不能回避可能发生的变化。这种变化来源于两个方面:一是,原来的确定因素发生变化,例如当事人在签订合同后发生的变化,如被吊销、撤销、破产;二是,当事人签约时预测的不确定因素与履约阶段的现实情形的差距。合同条款中无法回避对未来的预测,如违约金的设定就是对当事人未来的可能的违约行为的预测。动态审查的意义就在于应对可能发生的变化,因合同中昨天的选择也是对未来的决策,而变化会使原来深思熟虑的实施方案不再按预定轨道运行。此时,合同约定的条款和履约中形成的文件和证据就会成为应对变化的第一选择。但未来是未知的,任何预测都难以做到完全准确。当然,如果交易双方能够预测到世界上任何一个国家的任何一种情况,并且能够进行相关的合同签订,合同法就会变得相当简单而且无趣。[1]有趣的合同之所以有趣就在于其始终处于不确定的动态变化之中。审查人员虽不应忽略因不确定的未来引发的"合同的谜题",但却也无法完全破解该谜题。唯一可行的只有随时关注变化的发生,随时予以调整或补救。从这个意义上讲,既然审查人员和当事人不可能准确地预料未来可能发生的变化,那就更不可能在签约时做出合理安排以应对这种变化。因此,签约时的合同文本不可能做到完美,而缺陷的存在会给机会主义者创造机会,机会主义者的行为本身就是对社会秩序和交易安全的挑战和破坏。无论是制定《合同法》,还是签订书面合同,其目的就是维护交易秩序和交易安全,但让"静态"规则去应对"动态"变化时,其约束却显得力不从心。因此,"以动制动"的动态审查方式就成为不二的选择。

2. 动态审查的概念与运用

动态审查是从合同的目的出发,推演履约过程,反证合同条款内容的准确性和全面性,从履行角度关注当事人能否顺利地实现其所期待的法律后果。[2] 动态审查横跨合同的两个讨价还价过程,甚至会延伸到诉讼或仲裁过程之中。动态审查是在对已知和未知因素进行综合的基础上做出分

〔1〕 [美]戴维·M. 德瑞森:《法律的动态经济分析》,王颖译,复旦大学出版社 2015 年版,第 101 页。

〔2〕 张建义:《公司法务工作中的合同审查和风险防范》,载《法制与社会》2014 年第 9 期(上),第 77 -78 页。

析,并据此提出应对策略。

更为关键的是,随着时间的推移,预测的“未知因素”在成为现实“已知因素”后,动态审查会积极地发现预测与现实的差异,及时调整、补救,并根据新的现实情况分析下一步可能出现的状况,提早制定策略予以应对。如此循环反复,直至取得相对完美的结果。一言以蔽之,动态审查的实质是充分利用有限度的时间变迁(合同在签订之后开始实施,到合同履行完毕结束,因此,合同是有时间限制的,其多表现为一个时间段),将签约时悬而未决的问题,或合同一方认为应解决但未解决,或未“公正”解决的问题交给时间去处理。

实务中,审查人员可能会准确预测到一些情况的发生将对合同造成的影响,并在签约时试图载入合同文本,但能想到并不意味着能做到,纷繁复杂的经济生活、行色各异的当事人和天然形成的强弱地位都或多或少地制约着审查人员的审定工作。也就是说,审查人员基于对未来的判断和据此制定的策略并不一定都能如愿载入合同文本。因此,动态审查应区分情况分别对待:签约时能载入合同文本的就力争载入合同文本;不能载入合同文本的,只有放到履约阶段,适时解决。

此种情形,对动态审查的把握可划分为两个时间段(标志)和两个工作阶段。两个时间标志为合同文本签订当时和合同履行完毕(包括正常履行完毕及非正常结束),第一个时间标志出现时,审查人员应明晰那些未被载入合同文本的事项,并评估其对委托方权益的影响;对那些未被载入的事项,且在履约中出现或即将出现的事项应力争在第二个事件标志出现前解决。

两个工作阶段为:一是,合同签订前分析已知因素,推定相对方的选择并据此制定策略,同时基于委托方的合同目的逆向推导影响合同目的实现的未知因素,分析这种影响是质上抑或是量上的影响,然后在此基础上制定应对策略;二是,合同签订后,及时跟踪合同履行,加强履约控制。履约控制的目标有三个:一是,对合同签订时未载入合同文本,且对委托的目的实现有较大影响的事项,择机取得有效的、补充性的法律文件,或通过证据的收集或创制实现事实上的固化;二是,对履约中出现的意料之外的因素,评估其对委托方合同目的实现的影响,并在此基础上制定应对策略;三是,

完善、收集、固定对委托方有利的证据,拖延、阻碍相对方收集、固定不利于委托方的资料及证据。

(二)动态审查的思维观念与审查内容

1. 动态审查的思维观念——前瞻性源于假设

动态审查的目的不仅是"打有准备之仗",而且是"随时打有准备之仗"。做到"有准备"的前提是作出前瞻性判断。前瞻性判断是结合已知因素对某些未知因素予以推导,然后依据推导出的结论制定相适应的策略,从而做到"有准备"。未知因素因未发生,其只能是被假定的因素,通过推导假定因素得出的结论必然是假定性结论,而据此制定的策略则是对"假定性结论"的事前应对。纵然这些都建立在假设的基础上,但这丝毫不应影响审查人员对合同条款中应对策略的追求。

值得注意的是:"假设无止境",审查人员如不能拿捏好分寸,要么就浪费时间和精力,影响效率;要么会导致合同预案不完善。分寸的拿捏依赖于专业知识和经验,虽是假设,但其必须应符合常理且与具体的合同行为相对匹配。动态审查就是审查人员运用自己的专业知识和经验,在"未知因素"不断地转化为"已知因素"的时间变迁过程中,不间断地对之前制定的策略进行调整、补救。

2. 动态审查的内容

动态审查关注的时间跨度长、内容宽泛且调整的频率高,其中涉及合同谈判、签订和履行;其中既要关注已知因素,也要关注未知因素,更要关注到因时间变迁由未知因素转换为已知因素而带来的变化,审查人员根据这些变化结合具体情况,如商业背景、经济环境、合同的复杂程度、当事人的实际状况等决定审查内容,既要做到策略有效,也要做到兼顾效率。实务中,动态审查可从以下几个方面入手:

(1)"咸鱼翻身"——合同地位的动态变化。一般而言,合同在谈判及签订时,当事人之间的强弱态势是客观存在的。强势方在谈判和条款拟订上都占据主动地位。在竞争领域,尤其当合同一方具有行业优势或处于垄断地位时,强弱态势属于天然形成。此天然形成的强弱态势不会因当事人的单方意愿而改变,其与当事人的交涉能力也无关联。强弱态势不仅关系到合同地位的高低,也关系到经济利益的实现方式和限度。但是,任何一

方都不愿意处于被动境地，因此，弱势一方在合同履行中，势必想“咸鱼翻身”，化被动为主动；而强势一方，势必想始终保持主动地位。履约阶段，动态审查为合同地位的强弱转化提供了契机。实务中，合同地位的强弱态势并非一成不变，动态审查是弱势方扭转被动局面，强势方预防被扭转的有效方式。

例如，承发包工程，一般而言，发包方处于强势地位，潜在承包方处于弱势。原因很简单，因为在项目发包时，发包方可选择的余地大，其可以选择甲公司，也可以选择乙公司；而承包方，从具体项目来看，并没有选择发包方的余地，其只有承接和不承接的两种选择，但承接可以获取利润，不承接就丧失机会，利益的驱使造就了强弱态势。此时，处于主动地位的发包方掌握了充分话语权，反映到关注的合同焦点上，集中在工期、质量、价款、付款条款、安全施工；而承包方，关注的第一焦点是能否签署合同，拿到项目，而对于工期、质量、价款、付款条件和安全施工虽说也会关注，但始终处于关注的第二层面。承包方为拿到项目，只有抱着迎合发包方要求的心理。承发包合同一旦签订后，发包方的关注焦点不会出现大的变化，但承包方的关注焦点已变得面目全非，原来排在关注焦点第一位的“签约拿项目”的问题随着施工合同的签订而变得没有意义。此时，承包方为了追逐利润会把价款、工期、质量、安全施工放在第一层面，在这其中，价款又是重中之重。实践中，承包方通过签证、索赔，甚至不惜采取停工、集聚民工闹事等要挟手段，实现“低中标，高结算”的结果。

在承发包工程中，发包方的合同地位在最开始具备主动性，但如果合同条款的约定不具有前瞻性，对合同履行过程可能出现的状况不从动态角度反推来审视合同条款是否完备，并做出防范风险的措施，很可能会变由主动变为被动。而承包方恰恰相反，合同签订时，如能动态反推合同履行的环节，在明确必须坚守的底线的前提下，制定预案，抓住发包方的要害，利用发包方的失误，在合同履行过程中很可能“咸鱼翻身”，化被动为主动。因此，动态审查，是强者恒强的利器，也是弱者翻身的手段。

（2）预防飞来的“黑天鹅”——突发因素出现后的事先应对。市场是动态的，事物总处于不断变化之中，因此，履约阶段出现突发事件将难以避免。动态审查通过推演履约中出现突发事件对合同的影响，推导出合同应

具备的条款,防范因突发事件带来的风险。防范风险的约定可体现到合同文本之中,也可在履约阶段,通过取得补充性法律文件予以规制。至于应对策略,应根据实际情况有针对性地制定,其既可在合同中细化处置约定,也可概括性地明确处理原则及程序;对突发事件的关注范围不仅包括不可抗力、情势变更、意外事件,还包括当事人的变化如履约阶段当事人资格出现瑕疵、交易标的变化如合同标的的灭失、毁损等。

(3)合同“紧箍咒”的启用与弃用——关注行政权力的干预。我国行政权历来十分强大,且规定细致,行政权对市场的干预度高,《合同法》虽间接限制了行政权对市场自治的干预,但行政干预、行政审批还是随处可见。值得注意的是,我国的行政干预的强弱程度飘忽不定,难以准确把握。实务中,行政干预既有走过场的形式主义,也有非常认真、严格打表的案例发生。对当事人而言,其无法判断行政干预的强弱程度,但其应知悉行政干预对合同效力、对合同目的能否实现具有决定性影响。动态审查的目标之一就是结合合同目的,对行政干预、行政审批事项,从正反两方面即在特定时间审批通过与审批未通过两方面,推导其对合同效力和对合同目的实现的影响。然后,根据推导的结论和当事人的接受意愿,给出其是否应签订合同的意见,如当事人决定签订合同,则应根据行政干预所导致的不同结果,分配当事人之间的权利义务并明确相应的责任承担。

(4)预防“因小失大”——履约阶段的细节控制。细节决定成败,合同签订后,细节处置是否得当直接关系到当事人的合同目的是否能顺利实现。动态审查的主要工作内容之一就是根据变化重点梳理履约阶段的细节,避免因自身失误造成的不必要损失或引起不必要的争议。

[案例1-3]某机械公司与某纺织公司2005年8月签订一份保留所有权的买卖合同,纺织公司以49万元购买机械公司50台织机,机械公司在纺织公司预付10万元货款后发货,余款在货到三个月内付清,货款付清前,卖方保留织布机的所有权。2005年9月,机械公司在纺织公司仅支付2万元货款的情况下将50台织机及发票交付给纺织公司,而纺织公司一直没有支付余款。2005年12月,纺织公司以上述织机为抵押向银行贷款30万元并办理了抵押登记。2006年6月,纺织公司因未按期还贷款被银行起诉,要求对抵押物优先受偿。机械公司知情后,以有独立请求权的第三人

要求返还织机。

法院认为，织机属于动产，其所有权享有的公示方式为占有。由于实际占有织机的是纺织公司，真实享有所有权的机械公司须使第三人能够直接从外部认识到所有权的归属，从而使所有权关系透明化。但是，机械公司未对所有权保留进行恰当的公示……所以银行基于善意取得获得抵押权。[1]

机械公司在合同设定的条款中，对纺织公司不能按约定付款的风险作出了防范，但进入履约阶段，机械公司没有做好细节配套，最终加大了自己货款不能回收的风险，背离了合同设定所有权保留的初衷。正如《理解与使用》书中所述，其如在开具发票上备注"货款未付，所有权保留"或在铭牌上标注"所有权保留"的标志，结果也许会发生逆转。

类似的细节控制在合同中丝毫不能忽视，否则会引起不必要的纠纷，甚至发生争议。如《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第8条第2款规定："合同约定或者当事人之间习惯以普通发票作为付款凭证，买受方以普通发票证明已经履行付款义务的，人民法院应予支持，但有相反证据足以推翻的除外。"实务中，出卖人没有收到货款，但已向买受方提供发票的情形并不少见。买受方支付货款，可以转账，也可使用现金支付。若买受方没有付款，又以发票作为付款凭证拒绝支付，出卖人要想收到货款，必须提供其他相反证据证明买受方没有付款。严格来讲，出卖人提供相反证据的责任是因为没有做好合同动态审查所致。如在合同中约定"付款方式为转账支付"或在开具发票时在备注栏明确"请转账支付"，买受方就无机可乘，围绕着是否付款的纠纷就不会出现，出卖人也不会承担因不能提供相反证据证明买受方没有付款的不利责任。因此，动态审查应对细节所涉流程做出梳理，明确相互之间的制约关系，避免不必要的争议和损失。

---

[1] 最高人民法院民事审判二庭编著：《关于买卖合同司法解释理解与使用》，人民法院出版社2012年版，第550－551页。

三、静态审查和动态审查与合同缺陷的消除

(一)静态审查和动态审查的关联与差异

1. 静态审查与动态审查的关联

静态审查和动态审查的目的是一致的,都是在合理范围内,为自己的委托人追求最大利益,并试图在履约阶段保持主动性。

2. 静态审查与动态审查的差异

(1)关注的时间段不同。静态审查注重的是单纯的时间即时性,其立足于合同第一个讨价还价阶段,工作开展的时间段是从合同谈判到合同签订,其反映的是合同订立的过程,审查工作的截止时间为合同文本签订;动态审查注重的不仅是单纯的时间即时性,也包括正在进行的交易关系,其立足于合同第一个、第二个讨价还价阶段,如合同发生纠纷诉至法院或提交仲裁,动态审查会延伸到第三个讨价还价阶段。动态审查关注的时间从合同的谈判直至合同消灭,反映的是合同订立阶段、履约阶段和纠纷解决阶段的全过程。

(2)审查的思维方式不同。静态审查是按照合同自身的逻辑关系,从前向后审查合同的完备性;也会从后向前,从结果推导,假定合同履行中的一些未知因素,考虑所签订的合同的前瞻性,但由于参与的时间相对较短,没有关注到因时间变迁引发的变化,因此,合同的完备性和前瞻性相对受限。动态审查是正反结合、内外结合。正反结合是指从合同自身的逻辑发展顺序从前向后审查合同条款与从结果推演合同履行的过程,即从后向前,预判履约环节出现的新因素会导致何种变化,进而反推合同条款的约定是否合理、是否具备可操作性相结合。内外结合是指在合同签订时能将防范风险的约定载入合同文本的就载入合同文本之内,不能载入合同文本的则暂时搁置,力争在履约阶段择机确定。

(3)追求的状态不同。合同行为是一种典型的合作行为,合同一方主体的成功必须建立在相对方也成功的基础之上,否则,合作将无法进行,这正是当事人之间能相互妥协的动因。当事人在有合作意向之初,都想使自己的利益最大化,这是其为权利而斗争的起因。签订的合同文本是当事人之间相互斗争和妥协的产物,但其仅仅是阶段性斗争与妥协的产物,无论

是静态审查,还是动态审查都是斗争与妥协的体现。只是,因审查方式有所差异,斗争的持续时间长短、策略不同,追求的博弈状态也不同。静态审查是“一锤定音”;斗争的策略只能是有理、有据、有节;斗争的理想状态是“张而不破”,但这种“张而不破”的状态具有短暂性,其会随着合同的签订而告一段落;动态审查是“合同不止,斗争不息”,斗争的策略并不一定拘泥于有理、有据、有节;斗争的理想状态是一次又一次地“张而不破”,或者称之为随时处于“崩而不溃”的状态。

静态审查始于合同谈判阶段,在此阶段,当事人之间为实现利益最大化会相互挤压、相互试探,并在综合判断后不断调高或降低自己的底线,直至寻找到妥协的均衡点。实践生活中,合同地位客观上有相对平等和天然不平等两种情形,以天然不平等的合同地位为例,强势一方因掌握着充分话语权,往往对自己关注的权利条款予以强化、细化,义务条款则会被适当弱化,有时甚至会对合同相对方提出严苛的要求,而弱势一方的境况正好相反。从签订的合同内容来看,合同强势方的利益和主动性得到完美体现,而弱势方的利益已被挤压在可忍耐的最高限,如突破此限度,合作将不能继续。因此,静态审查经博弈后形成的最理想状态是“张而不破”。由于静态审查的工作截至合同文本签订时就已结束,这意味着当事人之间的博弈暂告一段落,随着当事人签字、盖章,合同约定的内容及未来走向被“一锤定音”,在履约阶段如不出现意外,则风平浪静直至合同消灭。

动态审查的斗争从合同谈判开始,一直持续到合同消灭(包括正常消灭及非正常消灭)。签约前,当事人之间的斗争与静态审查无异,但动态审查贯穿了合同全过程,在履约阶段,这种斗争并未因合同签订而停息。无论是正面的交锋,还是迂回包抄,其目的都是在一次又一次的相互挤压与相互试探中力争使自己的利益最大化;履约阶段的斗争形式既包括有形形式,也包括无形形式。有形的斗争包括在履约阶段再次或多次讨价还价,签署补充协议、法律文件,通过来往信函确认相关事实;无形的斗争是根据合同执行进度,对委托方和相对方合同目的、心态、痛点、可替代性、利益交换或转化的可能性进行分析,并在此基础上做出准确判断。有形的较量是基于无形的判断开展,是无形判断的有形体现。动态审查所采用的斗争方式不一定要呆板地拘泥于有理、有利、有节,有时为争取相对公正的待遇,

在能准确拿捏相对方痛点时,甚至可适度违约,但如前所述,自己策略的成功必须建立在对方成功的基础之上,合作中当事人只有相对均衡的利益,而没有最大化的利益。因此,斗争策略的使用必须注意对"度"的把握。

(二)合同缺陷的成因与弥补

1. 先天缺陷与后天缺陷的成因

合同的先天缺陷的形成有两种原因:一是,决策者未认识到缺陷的存在,其中包括审查人员审查工作的失误,或决策人员决策的失误。前者因审查人员未意识到合同缺陷,致使决策失据;后者是审查人员已意识到合同缺陷,但决策者未采纳审查人员意见。二是,审查人员和决策者都意识到合同的缺陷,但消除该缺陷会影响交易的达成,而被迫允许缺陷存在。

合同进入履约阶段,不可被忽视的"未来与过去不同"这一事实,会使事前设计缜密的合同条款和应对方案出现漏洞而形成后天缺陷,例如,因合同一方主体经营恶化,或商业信誉丧失而威胁到相对方的利益。[1] 此种情形下,《合同法》或合同约定虽赋予了当事人救济手段,如行使不安抗辩权,但严苛的限制条件、证据要求,不确定的等待时间和未知的结果,无一不使当事人处于被动,无一不对其权益构成威胁。合同签订的刹那,静态审查对合同的先天缺陷已经无能为力,而履约中形成的后天缺陷则已超出其关注视线。履行中的变化,犹如亡羊于歧路,动态审查客观上也无法消除合同的先天缺陷,对后天缺陷的出现也无力阻挡,但在时间变迁的有限时间段中,动态审查还有亡羊补牢的机会,其可采取多层次的挽救措施,尽量消除合同缺陷。

2. 缺陷消除的策略

(1)在合同谈判阶段,从合同目的出发预判履约阶段的未知因素对合同履行及对委托方权益的影响程度,判断可能存在的先天缺陷,避免因审查人员失误而造成当事人决策失据的情形发生。对审查人员判断已存在,但在当事人决策时被忽略的缺陷,审查人员应认识到自己与当事人的思维差异而应予包容,但在履约中应予以高度关注并随时准备采取措施,不应放任不利结果的出现。对审查人员和当事人都意识到的,但为了交易达成

[1] 丁晓军、钟小敏:《合同审查法律实务指引》,载《经济研究导论》2005 年第 17 期,第 298 页。

而被迫接受的合同缺陷的情形，在谈判阶段只能抱着“死马当成活马医”的心态，与对方积极协商，争取达成一致，如未能达成一致，只有力争在履约阶段解决。

（2）合同签订后，审查人员应根据权利与义务、权利与权利、义务与义务之间的制约关系，尤其应梳理委托方的核心权利与相对方的核心权利及其制约核心权利实现的因素，并在此基础上科学拆分履约环节，制定履约计划，对已存的缺陷单独管理，制定将缺陷的弥补镶嵌到履约阶段的计划，并选择适当的时机、采取适当的手段如签订补充性法律文件、证据收集或通过对冲完成机制对已存缺陷的弥补。履约阶段，即使没有合适的机遇弥补或完全修正缺陷，也须防止缺陷带来的潜在风险转变为现实风险。另外，在履约阶段，审查人员应审时度势，不拘泥于合同签订之初的合同目的，或利益获取方式，为规避看似已不可避免的风险时可充分利用规则、合同地位和信息的不对称，使用“空中转体”的方式转嫁或分散当事人的风险。

[案例1－4]甲公司与乙公司签订了一份《钢材买卖合同》，合同约定甲公司在乙公司采购钢材用于某开发项目。甲公司系建筑施工单位，一定程度上，其向乙公司支付货款赖于发包方能否按《建筑施工合同》的约定支付工程进度款和最终的结算款项。甲公司为规避自己垫款的风险，在与乙公司签订的《买卖合同》中约定：甲方即甲公司在收到发包方××公司的工程款项后××日内，按收款比例向乙方即乙公司支付货款。《买卖合同》签订后，乙公司按照约定向甲公司提供了钢材，甲公司按照所收发包方的款项，按比例向乙公司支付了部分价款。后来，项目业主因资金不到位致使项目“烂尾”，发包方没有再向甲公司支付工程款。乙公司多次找甲公司催要货款，甲公司均以没有收到发包方的工程款为由，拒绝支付。乙公司无奈诉至法院，请求法院判决甲公司支付货款并承担违约责任。甲公司在抗辩中提出自己没有收到发包方的工程款，按照《买卖合同》约定，付款条件不成就。法院审理后认为：双方签订的《买卖合同》中关于付款期限和条件并不明确，故判决甲公司败诉。

[案例1－5]丙公司和丁公司签订了一份《变压器买卖合同》，合同约定丁公司向丙公司提供两台变压器。丙公司为了规避垫款风险，在《变压

器买卖合同》中约定的付款条款为:在丙公司收到发包方××公司支付的工程款项后,丙公司按收款比例向丁公司支付货款。丙公司为电力安装企业,其之前与发包方签订了《电力工程施工合同》,合同约定的工程范围为双包;工程款分段支付,即合同签订生效后3个工作日内支付工程暂定总造价的20%;合同约定设备安装完毕10个工作日内,支付到工程暂定总造价的70%;验收通电后10个工作日内,支付到95%;剩余5%为质保金,质保期届满后10个工作日内支付完毕。对丙公司而言,承包范围中包括设备采购有利有弊,如项目业主能按照《电力工程施工合同》的约定支付工程款,丙公司采购,可以吃部分差价,实现采购利润,但如果项目业主不能按照《电力工程施工合同》约定付款,丙公司只有被迫垫付设备采购的货款。在合同签订时,审查人员作出了两套应对预案:第一套是项目业主正常履约,这样丙公司能获取设备采购利润;第二套是项目业主不能正常履约,通过合同性质转体转嫁丙公司垫付货款的风险。合同在履行阶段,发包方由于各种因素,资金出现短缺。此时,丁公司还未向丙公司供货,而丙公司无法断定发包方是暂时性资金短缺,还是资金链断裂。发包方已按合同约定支付了20%的工程款,第二笔款项的支付条件还未成就,发包方不存在违约情形,丙公司担心延误工期被追究违约责任,不敢暂停施工。但丙公司顾虑一旦履行和丁公司签订的《变压器买卖合同》,自己将承担支付货款的义务,如届时发包方不能按《电力工程施工合同》约定支付工程款,自己将面临着双重损失。进退两难之际,合同审查人员建议启动第二套预案。丙公司经与丁公司协商,签署了补充协议,在协议中披露了丙公司是受发包方××公司委托采购变压器,丁公司表示知悉。与补充协议配套的两份文件:一份是丁公司书面要求发包方确认产品质量的文件;另一份是丁公司书面要求发包方确认产品价格的文件。补充合同和配套文件制定完成后,丁公司向丙公司交付了变压器,丙公司按照《电力工程施工合同》的约定完成安装。后来,项目业主资金链断裂,项目“烂尾”,发包方没有向丙公司支付工程款,丙公司也只按照自己的回款比例向丁公司支付了20%的货款。丁公司对此向丙公司请求支付货款无果,诉至法院。最后法院判决丙公司没有支付货款义务。

案例1-4与案例1-5有很多共同点:一是,甲公司和丙公司采购货物

均非自用，而是用于施工项目，其向出卖人支付货款赖于发包方能否按照施工合同约定支付工程款；二是，甲公司和丙公司与发包方签订的施工合同约定的工程范围都是双包，采购设备、材料固然能增加利润，但也面临如不能及时回收工程款而需垫付货款的境地；三是，甲公司和丙公司都对垫付风险进行了防范，其与设备材料供应商签订的合同中均有："甲方在收到发包方的工程款后，按收款比例向乙方支付货款"的约定；四是，合同履行过程中，项目"烂尾"，甲公司和丙公司都被供应商催促支付货款。但从最终的结果上看：甲公司在没有收到发包方支付的工程款的情况下，被迫向乙公司支付货款，"赔了夫人又折兵"，而丙公司不用向丁公司支付货款，而面临风险被缩小。

显然，在合同履行过程中，丙公司预案的制定和启动是动态审查效果的具体体现，其弥补了合同履行过程中形成的缺陷。不过值得注意的是，预案的制定必须要切合客观实际，不能凭空想象，更不能异想天开，否则合同预案会丧失操作性，而使动态审查变得毫无意义。丙公司之所以能降低风险，源于预案制定符合实际情况，具备可操作性：一是，变压器属于充分竞争性产品，丁公司在合同地位上处于弱势，加之丙公司与丁公司之间形成的长期合作关系，丁公司不敢开罪丙公司丧失一个供货渠道。客观上，丙公司在合同谈判上具有较强的话语权；二是，丙公司充分利用了信息不对称。该案例中，信息不对称分为两个层面，即丙公司了解到了项目业主资金短缺，丁公司却并不知情。该层面的不对称，使丙方意识到风险在加大，产生了转嫁风险的想法；丙公司虽了解到了项目业主资金短缺，却又无法判断其是暂时性短缺还是资金链断裂。该层面的不对称使其处于进退两难的境地，按照《电力工程施工合同》约定，发包方已经将第一笔预付款支付，第二笔付款的条件不成就，丙公司如不按合同约定履行，面临着被追究违约责任的风险，并且会影响商誉；如按照合同履行，面临损失扩大的风险；三是，风险与利益的考量。丙公司赚取设备采购差价的前提是其与发包方签订的施工合同得以顺利履行，否则，丙公司面临两头受损的局面，丙公司合同审查人员在充分考虑了上述因素的情况下，及时启动预案，完成了合同性质的空中转体，有效地把合同风险进行了转嫁，弥补了《变压器买卖合同》履行过程中出现的缺陷。

四、小结

静态地看，合同注重的是单纯的时间即时性而非正在进行的关系，但作为规划未来交易关系的合同，在签订之初由于诸多不确定性使其本身就包含了较为宽泛的、临时的，甚至是概要式的描述，而类似这些描述会因时间推移而变得不合时宜，且会因当事人的自利性而容易引发争议；即使签约时那些看似精确的、永久的、详细的权利义务形态在履约阶段也不可避免地经常面对突如其来的变故，从而变得不再确定。因此，审查人员与当事人不应忽视“未来与过去不同”这一事实，必须学会处理未来那些处于变动中的不确定性。而处理这些变化本身就是当事人之间在不同阶段所进行的“讨价还价”。静态审查关注的是讨价还价的第一阶段，但合同在经历第二阶段，甚至第三阶段后，签约时所依据的事实可能已面目全非，而动态审查在一定意义上可以克服上述局限。不过，在社会实践中，当事人往往认为合同一经签订就万事大吉，其对动态审查的忽略使履约阶段的法律调整被弱化，这变相地使合同丧失了自身的免疫功能，纠纷的产生便不足为奇。

第二章

审查合同的主体与客体

第一节　审查合同的主体

一、合同审查人员的定位

（一）审查人员与当事人的思维的冲突

定位是指确定自身位置和立场，对审查人员而言，定位准确才能明晰工作开展的权限和边界，明晰合同审查的立场，准确领会当事人的意图，在工作中就能清楚自己的坚守和放弃，因此，定位准确与否是决定审查人员所采用工作方式是否得当的前提。欲准确定位，首先应清晰其与当事人之间存在的差异。

1. 看待合同的视角差异之一——对收益与风险的认识差异

在合同领域，作为“企业家”的当事人与作为“法律人”的审查人员聚焦的交叉点是利益与风险共存的合同，虽然有着共同的聚焦点，但他们的观察视角却有着质的差异。在利益与风险面前，当事人总会选择自己的利益，而审查人员却总是看重风险。固然，有效地规避风险直接涉及收益的实现程度，但这并不必然代表当事人会真正地关注并分析风险及其带来的法律后果。同理，审查人员规避风险的行为在客观上会降低当事人的交易费用，使其顺利地实现收益，但这同样不必然代表审查人员会真正关注并分析交易费用降低和收益实现本身。最理想的状态是当事人与审查人员能做到真正有效的融合，但这仅仅是局外人完美的假设。对同一事物的观察视角不同，思维自然不同，所形成的判断和做出的行为亦不同。

2. 看待合同的视角差异之二——不同的价值观

对于收益的追求不能无视公平正义,对公平正义的追求也不能无视代价。相较而言,当事人的收益封闭于合同关系之内,而公平正义作为一种开放的价值观念,被应用于诸如《合同法》等开放的法律体系中,然后再以具体法律规定的形式规制、指导合同实践。经济实践中,决定商品价格的固然是其有用性和稀缺性,但与法律规则和制度密切关联的交易费用的高低决定收益的高低。当事人为提高收益必须寻求降低交易费用的办法,例如,通过公关,甚至贿赂获取交易机会、通过各种办法试图保持稳定性。制度与规则规范着市场参与主体的经济行为,当事人降低交易费用的任何行为必须在制度与规则所允许的框架内才有意义,否则一切努力都是徒然。论证当事人的行为是否"在规则范围之内"则是审查人员的分内之事。

由此看来,对"交易费用"的关注是在具体合同之内双方视角所及的交叉点,虽然交叉点相同,但价值观却截然不同。当事人之所以关注是因为收益,无关公平正义的价值判断;而审查人员是从法律规则的角度关注,规则制定的原则是"公平正义",因此,审查人员是基于公平正义的价值判断予以关注,这种关注即使在客观上降低了当事人的交易费用,但在主观上审查人员的关注却与收益无关,当事人与审查人员的冲突借此发生。在相互的,甚至根深蒂固的理念中,审查人员认为当事人会以收益为名无视甚至践踏公平正义的价值判断,而当事人则认为审查人员会以法律为名为收益的实现设置障碍,当然,事实上也许并不总是那么糟糕。

其实,在一定程度上,当事人与审查人员的这种冲突在本质上是经济学和法学之间的冲突,是经济学家和法学家的冲突。其在有形或无形,正面或侧面的冲突中,他们提供各种论据反复强调着自己的判断和行为的正确性,其实质是强调各自学科的价值是至高无上的,其他的都应居于次要地位。审查人员于合同领域,一边需要面对作为经济行为主体的当事人,另一边是基于公平正义的价值制定的法律,在收益与公平正义发生冲突时,如何有效化解冲突则成为审查人员必须面对和解决的问题。

3. 实现目的差异——不同职业的不同追求

合同行为是一种经济行为,经济行为强调收益;同时,合同行为也是一种法律行为,法律行为强调的是公平和正义。

站在当事人角度观察合同,其关注的是合同各主体之间此消彼长的“收益”。其他行为的实施,包括法律行为都是实现收益的手段。收益的高低由成本决定,成本包括如支付货款的费用和交易费用。交易费用是经济活动中除类似货款之外的一切费用,包括搜寻交易对象的费用、讨价还价谈判的费用、监督合同执行的费用、对方不信守合同引起的损失及诉讼费。交易费用增高收益势必降低。当事人使用审查人员来审查合同的目的是降低交易费用。因此,对当事人而言,审查行为是作为提高收益的手段而存在。

站在审查人员的角度,实现合同目的、获取利益是当事人追求的终极目的,但这并非是合同审查人员的终极目的。合同审查人员不会因审查过合同而获取合同的履行利益,而是通过审查合同,付出劳务而获益。审查人员的工作定位是利用自己的法律专业知识,降低委托方的交易费用,促成委托方实现收益,并借此体现自己的价值。

(二)审查人员与当事人的行为方式的冲突及化解

1. 行为方式的冲突及本质

思维方式决定行为方式,合同关系中,当事人的思维方式决定了其行为具有相对的柔性、可变性;而审查人员的思维方式决定了其行为具有相对的刚性、僵硬性。经济行为中关于“收益”的概念相对模糊,即使签订合同时当事人会预估自己的收益,但预估本身就意味着“不准确”和“模糊”。履约阶段,当事人会采取多种多样的行为方式来将收益“具体化”,在作为行为中心的收益面前,当事人的行为会表现出柔性和可变性;公平正义的价值观念虽然是抽象的,其会因时代的变迁被赋予不同的内涵,但在特定时段,体现公平正义的价值判断的法律规定往往是刚性的、具体的、僵硬的。在法律规范面前,审查人员的行为多表现出刚性与僵硬性。既然当事人“具体化”收益的行为方式具有柔性和可变性,那么,是非、黑白的价值判断在收益面前只能屈居于次要地位,公平正义价值观念地位的降低为各当事人之间的妥协打下基础。在刚性的公平正义观念中,事物本来的是非曲直有着截然的界限,不应容忍丝毫的妥协与退让。但不可否认的是,市场

经济是建立在协商妥协以谋取共同利益的基础上。[1] 合同的谈判、签订、履行、争议的和解、调解无一不是当事人之间协商与妥协的最典型反映,当然,这也充分体现出当事人的求实精神。

毋庸置疑,当事人之所以签订、履行合同是为获取收益,而不是为争辩是非曲直,求实精神在合同行为中不可或缺。求实精神的特点是双方寻求可以接受的妥协办法,而将是非之争放到次要地位。更确切地讲,尊重别人的是非标准,从而有了协商的精神准备。协商是一个商品经济社会所需的态度,与它相反的是从坚持自己的原则发展到教训别人,结果往往干出损人不利己的事。[2] 审查人员固有思维中的是非对错观念反映到具体行为中会表现出"坚持"的特质和非此即彼的判断,他们认为,既然合同已签订就应得以严守,一方违反合同约定就应承担违约责任,这一切本无可厚非,但合同本身就是协商与妥协的产物,这种妥协不仅是指谈判阶段的妥协,而且贯穿着合同的全过程,既如此,当事人在谈判时,即第一次讨价还价阶段可以为利益妥协,那为什么在履约阶段,即第二次讨价还价阶段就必须要严守合同,就不能为利益而妥协? 如相互妥协的收益能够填补严守合同的代价,或追究违约责任获得的经济补偿,那为什么要拒绝第二次讨价还价? 尤其在合同利益中含有人格利益时,即使如愿获得经济利益补偿,但对人格利益的伤害却难以弥补,因是非对错确定后,处罚与补偿只会考虑经济损失,其标准也只能以经济因素衡量。

2. 妥协的内涵——化解行为方式冲突的着力点

(1)对妥协"度"的正确认识。当事人追求的利益应是规则框架内的利益,因此当事人实施的合同行为不能实质性地脱离规则框架,而妥协也应是规则框架内的妥协,或不应对既定的规则框架造成实质性的突破。即使当事人在寻求妥协时可将是非之争放置次要地位,但这并不等于放弃是非观念,不等于无原则的妥协。对当事人而言,合同的约定也属于既定规则的范畴,无论是选择严守合同,还是选择妥协,都应注意度的把握,处理好原则性和灵活性的关系,避免"宁为玉碎,不为瓦全"的无谓的坚持,也要避免对手得寸进尺,或推倒重来。妥协不能对既定规则形成实质性的突破。

---

[1] 茅于轼:《生活中的经济学》,暨南大学出版社 2007 年版,第 308 页。

[2] 茅于轼:《生活中的经济学》,暨南大学出版社 2007 年版,第 23 页。

至于何谓"实质性"突破则具有鲜明的个案性，其需要审查人员准确判断当事人所签合同在其整个经济链条中的地位，明晰所签合同是作为目的存在，还是作为实现目的的手段存在；同时，应关注当事人的完整合同目的和阶段性合同目的以及完整的核心权利和阶段性核心权利的实现与制约。

(2)妥协不仅是一种可进可退的行为方式，也是一种姿态，且妥协并非仅是在争执发生后才采取的行为。例如，在合同语言使用上，相对柔性的语言使用也是妥协的表现。若使用柔性语言能够满足要求，则没有必要使用刚性语言。在合同中经常会见到类似的表述："某方必须于某年、某月、某日前支付货款"；"某方支付货款的时间为某年、某月、某日前"。上述两种不同的表述方式虽效果相同，但一个刚性十足，一个略显柔性。在合同条款中，使用"必须"、"应当"、"应"等字眼无可非议，但命令性的口吻往往会使相对方心生不快甚至产生抵触情绪，因此，在效果相同的情形下，使用刚性十足的语言除满足强势合同地位者的虚荣外并无其他的存在价值。

(3)妥协不仅是一种让步行为，也是纠偏行为，既包括纠正对方的偏差，也包括纠正自己的偏差。在履约阶段，争议的发生是常态，既然是争议，肯定是合同各方当事人站在不同的立场，对同一事物产生不同的看法。一般情况下，持不同看法的各当事人都会依据自己的论据、推理、解释以证明自己看法的正确，其目的是获取更大的利益。拟获取的"更大利益"并不能简单地与"不应获取的利益"或"额外利益"画等号，也就是说，一方当事人争执的利益也许就是其应获得的利益，只是由于自身认识或其他原因使利益分配的条款在履行之前失衡，之所以发生争议就是试图自力纠偏。此时，相互妥协意味着尽量多的"获得应该得到的"，或尽量少的"失去本应失去的"。客观上讲，相互冲突的观点中只能有一个正确或相对正确，但意图通过实践来检验正确或错误的代价是巨大的，诉讼或仲裁不但耗费大量的时间、精力，其行为本身就已宣告了合作的破裂，而破裂的合作大多是两败俱伤的结局。

从消除争执的起因来看，妥协其实是一个"明理"的姿态和过程。争执的起因可能是当事人因理解错误而产生，也可能是当事人明知自己没有道理而争执，而"明知"自己没有道理可能是事前明知却抱有侥幸心理，也可能是在争议过程中才明知。妥协是建立在"明理"的基础上的，明理的过程

本身就是消弭争议发生原因的过程。实务中,对看似无道理的争执(看似无道理与客观上没有道理并不能画等号,因“看似无道理”是审查人员基于自身的判断得出的结论,但这种结论的效力不具有终极性。在诉讼或仲裁中,一些法律专业人员坚持的正确观点却未被法院或仲裁机构采纳的情形十分常见)不应回避,积极的回应也是一种有效化解矛盾与冲突的妥协姿态,且该姿态并不意味着必须退让。

从当事人争执的范围来看,既包括合同的主要内容,也包括细枝末节的问题,审查人员如对争议范围不加区分而毅然决然地固守着是非标准,一味地采取针锋相对的行为,则顺利履行合同的可能性将大大降低,“因小失大”的选项可能将变成现实。因此,无论是在履约阶段,还是在争议处理阶段,不论挑起争议一方看起来是否有道理,审查人员都应区分具体情况积极应对,妥善处理好妥协与坚持的关系。

二、合同审查人员的困境与无奈

(一)地位困境与责任困境

1. 地位困境——获取肯定性评价的难度

合同审查中至少涉及三方主体,即双方当事人和审查人员。站在相对方的立场,审查人员的地位与委托方基本相同。审查人员的地位困境并非来源于相对方而是因委托方造成。对外而言,审查人员和委托方的立场一致,但就内部关系看,审查人员和委托方也是既统一又对立,委托方在对立中始终占主动地位。审查人员的地位困境来源于以下方面:

(1)不能用实践来检验的真理——成功的工作成果不可量化。合同审查属典型的非诉讼业务范畴,其不像诉讼业务,案件的输赢结果通过裁判文书被直观反映,输多少、赢多少、该不该输(那么多),是否赢够,基本上都能够被量化。而合同审查的工作目的是防范和化解风险,审查人员设计复杂的风险防范系统的根本出发点是杜绝风险,衡量审查人员成功与否也是以风险是否发生作为标准,不幸的是,“风险不发生”虽意味着审查人员的成功,但这也意味着“风险防范系统”未被“有形地”启动和使用(正常情况下,防范风险系统发挥作用的形式大多是无形的,如救济板块形成的心理震慑致使对方不敢违约)。由于“无形”的作用不能被直观感受,因此,无法

具体地评估、量化审查人员的工作成效。

另外,从因果关系考量,“风险不发生”的结果可能与审查人员的工作有一定的因果关系,但事实上,这往往并非是唯一原因。“无法评估与量化”的工作成效和“因果关系”的复杂性造成了当事人对审查人员的评价与审查人员自我评价之间的差异。站在审查人员的角度看,是因为设计了复杂的风险防范系统,才导致风险未发生的结果;但站在当事人角度观察结论也许不那么乐观,因为导致“风险不发生”的原因是多样的,并非仅是风险防范系统的作用使然。退一步讲,即使风险防范系统起到了作用,但也无法准确评估、量化其作用的大小和比例,甚至委托人会因这种原因,而对审查人员的工作成效不屑一顾。然而,这还不是最致命的问题,对审查人员而言最致命的在于,若因其工作失误而给当事人造成损失,损失可被量化,而审查人员却不敢也无法通过试错来验证自己的成功。这就形成一个奇怪局面,审查人员努力追求的是不可被量化的成功,避免的是可被量化的失败,也就是说,当事人没有可被量化指标去评价审查人员的成功,却有可被量化的指标去评价其失败。

(2)审查人员在排除委托人风险时,也须排除自己风险的心态,使其审查结论具有了小心翼翼的特质。固然当事人和审查人员思维及视野的不同会造成看待问题的差异,但这并非是差异形成的最根本原因,造成看待问题差异的最根本原因是从事的职业的差异。常规看,审查人员要么是当事人的内部工作人员,要么是委托人聘请的专业人士,无论是雇员,抑或是外聘专家,其都会无比珍视自己的能力和信誉。况且,工作的失误往往会造成经济损失。因此,审查人员不得不小心翼翼地工作,其得出的审查结论不得不力争全面。哪怕风险发生的概率很小甚至微乎其微,哪怕风险仅在理论上成立,只要审查人员意识到这种风险的存在,职业道德的要求和自我保护的意识都会促使其提示委托人。因为,提示的风险未发生是审查人员工作成功的标志,即使当事人不认可,审查人员至少可以求得心理的自我安慰,再退一步,审查人员不会因此承担责任,而潜在的风险未经提示,一旦转化成现实风险,会给审查人员的工作造成致命一击。因此,仅从最终的结果状态来观察审查意见,不难发现审查意见中有杞人忧天的结论存在。这会让当事人印证自己对审查人员能力质疑的结论,甚至认为审查

人员在无病呻吟,或者是别有企图,久而久之,审查人员将变得可有可无。退一步讲,即使审查人员的预判准确,情况也不一定会乐观,其虽会给有些当事人以触动,使其改变对审查人员能力的质疑,但在社会实践中,有些当事人在以自己方式自行解决面临风险的同时,增加的不仅是企业的效益,还有无所不能的自信。此时,审查人员的作用在其心目中也微乎其微。基于此,难怪有些审查人员无奈地说:“委托人才是自己的天敌。”

2. 责任困境——左右为难的审查意见

合同审查须判断合同模式所反映的是不是当事人的真实目的,审查是否存在“以合法形式掩盖真实目的”的情形[1];如存在,则须进一步判断被掩盖的目的是否合法;如被掩盖的目的是非法目的,审查人员须明晰经营层是故意为之还是因对法律规定的无知而为之;如经营层是故意为之,审查人员须判断形成的原因和经营层的真实意图,且需判断经营层对于存在的风险是不是也处于“明知”的状态;如是因经营层无意为之,则需进一步判断经营层是不是不了解其中存在的风险。对经营层因不了解存在的风险而作出决策的情形,审查人员可推断出这是因经营层知识的局限造成,审查人员可以尝试调整合同模式,如调整了合同模式都不能规避“非法目的”的,可作出放弃合作的意见;对当事人明知是以合法形式掩盖非法目的,且其明知这样做存在风险的合同,审查人员至少可以判断这并非是因受限于知识结构作出的决策。那么,经营层之所以如此决策要么是巨大经济利益的诱惑,要么是人格利益的诱惑,此时,作为具有工作独立性的审查人员在理论上可开明宗义地指出当事人的“非法目的”,提示潜在的风险,描述由此引发的不利法律后果,并言明自己的审查意见仅作为经营层决策的参考,这样,审查人员自身面临的风险被有效规避。但在实践中却没有那么轻松,审查人员经常不得不面临两难的选择:如审查人员系内部员工,其会在意经营层对自己的评价,若不如实披露风险或披露不到位,那当潜在风险成为现实风险时,审查人员难辞其咎;如披露风险到位,或作出放弃的意见,则会与经营层的意见相左,在等级秩序森严的工作关系中,审查人员难以获得肯定性评价。何况,经营层不会让那些与自己相左的意见有存

---

[1] 卢凤玲:《合同审查:合法性是关键》,载《政府采购信息报》2007年4月16日第4版。

活的基础，因为，当潜在风险转化为现实风险而造成损失时，审查人员出具的，但未被经营层采纳的意见正好是追究经营层责任的书面证据，经营层对此了然于胸，因此，其势必会明示或暗示审查人员论证“非法目的”的合法性，或要求审查人员提出规避意见。在这个意义上，审查人员被“等级秩序绑架”，不得不充当帮凶，甚至是“替罪羊”。如审查人员属于外部专业机构，经营层对专业机构的评价关切到其经济利益和信誉，其同样面临着如此两难困境，但由于外部机构有着拒绝服务的权利，程度上比内部人员的处境相对要好。

（二）摆脱困境的外因——引导企业家的思维模式

1. 不同意见的发声体——理智的当事人对审查人员的定位

审查人员无论是内部员工，抑或是外聘专业机构都不能改变在审查人员与当事人之间存在的等级秩序，当事人处于命令的地位，而审查人员则处于被命令地位。等级秩序的存在，忽视甚至湮灭的是本应受到重视和尊重的独立性，而这种忽视或湮灭所造成的损失只能由当事人承担。审查人员存在的意义在于其会根据自己的专业法律知识和经验进行独立的分析和判断，并提供相应的结论以供企业家决策时参考。若自我感觉无所不能的企业家忽视甚至无视审查人员的独立性、专业性而就合同审查发号施令、指导审查人员的工作，合同审查将失去意义。

当事人开展经营活动获取收益的同时，应承担相应的经营风险，经营风险既有法律风险也有市场风险，当事人的决策是建立在对风险与预期收益评估的基础之上。体现到每个具体项目，风险与收益的比重是动态的、变化的，而经当事人主观处理过的比重往往是不客观的，有百分之十的利润，资本就蠢蠢欲动了；有百分之百的利润，资本就忘乎所以了；而有百分之三百的利润，那么上绞刑架的事都干得出来。[1] 虽然邓宁的论述有些夸张，但逐利的资本在利益的诱惑下，风险因素在决策者的主观判断中所占的比重势必会被人为减少，而这也正是企业家的惯性思维。企业家向前看的思维是其成功的关键，但也存在局限性。在“向前看”思维的框架下，企业家会有意无意地过滤掉既存和潜在的消极因素，巨大的利益诱惑会加剧

[1] 托·约·邓宁：《工联和罢工》，1860 年伦敦版，第 35、36 页。

这种倾向,使人心存侥幸甚至幻想,这就是“向前看”思维的局限所在。理智的企业家应认识到这种思维局限,而弥补局限的最佳办法就是倾听审查人员独立做出的审查意见。也许,审查意见并不总能与企业家的想法保持一致,但这恰恰是其价值所在。

例如,某电力施工企业因发展需要欲通过招标方式聘请一家律师事务所。在开标会上,参与投标的律师分别与公司经营层进行沟通。绝大多数律师在沟通时都不失时机地、毫不吝啬地对总经理的想法予以支持和赞美。唯一有一家律师事务所的律师,在沟通过程中简单地提出了对电力施工行业和市场的认识,指出了公司存在的不足,对总经理提出的市场定位进行了有理有据的反驳。最终,这家律师事务所中标,并保持了多年的合作。一次,律师问总经理为什么会选择自己作法律顾问,总经理的回答十分简单:我花钱不是请个律师来赞美我,我需要倾听的是不同的意见。

2. 不以成败论英雄的思维模式——理智的企业家如何看待不同意见

审查人员的工作定位决定了其永远将风险的评估放在第一位。从合同履行的结果看,验证审查意见可以得出三种结论:一是,审查意见经验证为准确;二是,审查意见的结论经验证为不准确;三是,审查意见中提及的风险因素并未出现,得出的结论看起来是杞人忧天。成王败寇是一种评价标准,其是指成功者不应当受到指责,失败方会受到贬损,且没有申辩的机会。既然是这样,那么第一种结果即使不会得到赞美,至少不应受到贬损,那第二种和第三种情况,尤其是第二种是不是就必然应该受到贬损呢?答案显然是否定的。审查意见经事实验证不准确有两种情况:一种是因审查人员工作失误或经验不足所致,此种情形,确实是其能力问题,理应受到贬损;另一种是因审查人员的职业素养要求所致,虽合同履行结果与审查结论存有不同,甚至完全相悖,但聪明的企业家一样不会贬损审查人员。

[**案例2-1**]甲公司在某省会城市取得了一宗国有土地的使用权,但没有资金开发。乙公司准备收购甲公司股东的全部股权获取该宗土地的使用权。经审查人员尽职调查发现,在该宗土地上具有两个土地使用权证书,发证机关不同,且标注的权利人不同。其中一份是所在省会城市国有部门颁发,载明的权利主体是丙公司,一份是省国有土地管理部门颁发,载明权利主体是甲公司。虽从行政关系上看,省国有土地管理部门的行政级

别高于省会所在的市国有土地管理部门;但从操作实务上看,省级国有土地管理部门直接颁发国有土地使用权证并不妥当。审查人员带着疑问,进行了更进一步的调查,发现该宗土地涉及国有企业改制,由于历史遗留问题,土地使用权的归属确实存在巨大争议,且已经持续多年。审查人员经分析出具意见,认为该合作项目存在巨大法律风险,建议当事人放弃合作。可能正是因为该宗土地的使用权存在争议,使实际获得土地使用权的价格相对低廉。乙公司经研究并没有采取审查人员的意见,并与甲公司股东签署了《股权转让合同》及配套文件。合同履行完毕后,乙公司投入巨额资金迅速开发并取得了巨大成功。

在案例2-1中,若单纯从合同履行结果看,审查意见与乙公司的行为后果完全相悖,但这是否就足以得出审查意见是错误的结论呢?乙公司取得成功意味着当初的决策是正确的,但站在审查人员的立场,其考虑到潜在风险建议放弃也并无不当。难道审查人员在发现土地权属存在巨大的、长期的争议时可以无动于衷?利益因与风险相伴,甲公司在变相放弃巨大利益的同时,难道不是将巨大的风险予以转嫁?当致命的风险无法使用常态手段排除时,难道审查人员必须要迎合当事人的想法?在审查人员与当事人信息不完全对称时,审查人员的意见又如何与当事人保持一致?试想,如乙公司因项目失败而造成巨大损失,审查人员如未能提示乙公司项目中存在的风险,其受到的可能不仅是贬损,还会面临损失赔偿。如审查人员不是依据法律规定论证风险,而是转而论证预期收益,那审查人员与项目预算人员有何区别?

理智的企业家应意识到审查人员的工作出发点是为了企业的利益,其工作应是独立性的工作,其结论也应具备独立性。也许审查人员的结论会与自己的结论不同甚至相悖,但这是差异化思维所致,而法律思维和企业家思维并无高低优劣之分,即使从最后的结果看,结论有着正确与错误的区分,但这依然不能作为区分两种思维高低优劣的论据。优秀的审查人员应学会"像企业家那样的思维",同理,优秀的企业家应学会"像律师那样的思维",即使审查人员的结论被验证为不准确,也不应剥夺其申辩的机会,尤其专业性的法律意见在出具时依据的是不对称的信息,且这种不对称并非因审查人员原因所致。两种思维的融合也许做不到得心应手地运用,但

至少有相互理解的可能性。只有这样,审查人员才能理解企业家的冒险精神,而企业家才不会单纯地以“结论是否与结果相符”来评价审查人员能力的高低。

(三)摆脱困境的内因——审查人员思维模式的自我矫正

审查人员从根本上摆脱地位和责任困境的途径之一是矫正自己的思维模式。“像企业家那样思维”和“具有企业家那样的视野”是消弭思维冲突的有效方式。实务中,企业家对审查人员的定位,或评价审查人员的好坏往往以其是否能打赢官司为标准,而审查人员总是会以“预防胜于治疗”来指责或影射企业家缺乏事前风险控制意识,并信手拈来一些案例来强调事前控制的重要性。但问题是,企业家让审查人员参与决策,将控制风险的流程前置,会不会就能取得既定的效果?或换一个角度讲,既然企业家明知“预防胜于治疗”,那为什么其会忽视,甚至忽略审查人员的事前防范工作?也许,在理论上能成立的观点与实践中因审查人员不具备相应的能力才是问题的关键所在。

[**案例2-2**]例如,某东部城市的大型国企聘请了5家律师事务所的律师担任法律顾问,并尝试让律师参与企业决策。但在合作的过程中,客户形成的印象是经律师审查的合同与文件,基本上都是机械地、公事公办地指出其中存在的风险,而从不顾及企业的具体情况、管理制度、合同地位、合同主体的强弱态势。最为致命的是,律师往往只管提出问题,而不提供解决方案。客户在与律师沟通时,律师往往以“我的审查意见只能这样出具,至于是否采纳是决策层的事情”为辩解理由。由此,客户抱怨律师像是不食人间烟火,律师的意见只能在真空中才有价值。也许,客户的抱怨过于极端,但这也从另一侧面反映了法律服务的现状,一边是企业对法律服务大量的、紧迫的需求;另一边是提供法律服务的主体却因思维的局限和专业能力的欠缺而无法满足企业的需求。

对审查人员而言,专业能力固然十分重要,但形成客户与审查人员良性互动局面的关键在于,在相互认识到思维模式存有差异的前提下,学会尝试站在对方立场去思考。其实,效益与公平正义并非是非此即彼的对立,对效益的追求也并非都以牺牲公平正义为代价。反之亦然。但于具体的合同,由于当事人的自利与反自利,使这两个看起来并不相干的价值理

念发生冲突，而引发冲突的链接因素是“成本”。企业家眼中的成本是经济支付、机会和商誉；审查人员心目中的成本是违反规则应付出的代价。企业家计算成本是为了估算未来的收益，审查人员计算成本则是其审查工作的全部；企业家着眼于效益时隐含着“向前看”的视野，且在其“向前看”的视野中更多会关注积极因素；而审查人员往往会拘泥于“当下”情形来判断现实或潜在的风险，即使向前看，其也会更多地关注消极因素而有意无意地过滤掉积极因素。思维和视野的不同致使作为“法律人”的审查人员在出具审查意见时难免会思维保守，言行谨慎。谨慎和保守让审查人员有了从最坏结果着眼观察事物的立足点，且其总是以法律的名义小心翼翼地得出结论，而这种结论往往与企业家的判断存在冲突。

三、审查人员的工作边界与技能

（一）合同审查的范围——审查合同的内容边界

1. 合同地位审查——工具性合同与目的性合同的分辨

合同目的总会体现到合同行为选择的程序之中，且其总会影响并改变着当事人的思维与行动。审查人员固然要考量当事人的合同目的，并据此选择实现程序和行为方式，但若仅仅局限于具体合同的目的显然难以避免片面性。当事人为什么要实现这样的合同目的，即当事人实现“合同目的”的目的也须纳入审查人员的审查范畴内。[1]

经济活动中，合同行为不是孤立的行为，在当事人的经济链条甚至是生活链条中，其拟实现的合同目的可能是作为“终极目的”存在，也可能是作为实现其他目的的“手段”而存在。前者称为“目的性合同”，例如，当事人购买商品自用的买卖合同中，买受方的合同目的是取得商品的所有权；后者称为“工具性合同”，如承包商，其购买水泥是为顺利实施与项目业主（发包方）签订的建设工程施工合同。此时，买卖合同中的合同目的是作为满足建设工程施工合同顺利实施的手段而存在的。审查人员在开展工作时，首先应分析拟签订的合同在经济链条中的地位，判断其是作为工具性功能存在，还是目的性功能存在。因只有清晰合同地位，才能判断当事人

---

〔1〕 张建义：《公司法务工作中的合同审查和风险防范》，载《法制与社会》2014 年第 9 期（上），第 77－78 页。

实现合同目的的紧迫程度,才能分清主要矛盾和次要矛盾,也只有清晰合同地位,在履约中才能相对准确地拿捏坚持与妥协的度,才能有针对性地制定相应策略。

2. 灾难性系统风险审查——宏观层面识别潜在的风险

一件事物的意义是由其他条件衬托出来,当事物从整体上都失去意义时,覆巢之下岂有完卵?当事人如因遭遇灾难性系统风险而导致整体方案甚至企业崩溃时,讨论具体合同的完美与否已无任何意义(因具体合同失误导致系统崩溃的除外),对审查人员工作效果的评价也不再有任何必要。灾难性系统风险是指在企业经营管理中因缺乏有效的内部控制而造成隔离防火墙缺失,致使潜在的、未知的、重大的风险在外力因素的作用下转化为现实风险,使当事人或经营层遭受灾难性后果。

[**案例2-3**]一家销售企业,审查人员虽制定出完美的销售合同,但由于制度层面设计存有漏洞,致使公司经营层因商业贿赂原因被追究刑事责任,那是否可以断定审查人员已尽职?审查人员是否能以制度设计非分内之事为借口推诿?答案显然是否定的。审查人员的主要工作目的是排除当事人与经营层的风险,其首要任务应是基于风险的来源结合当事人的行业特点,综合判断企业与经营层面临的灾难性系统风险,而不应就事论事,仅着眼于具体合同的风险。当存有系统性风险时,审查人员应寻找拟订的实施方案与现行法的剧烈冲突点,寻求通过改变方案,或建立完善防火墙制度以避免或隔离冲突的方式方法,且在防范系统性风险时不应过分拘泥于成本与效益。只有在灾难性系统风险被有效排除或隔离时,讨论具体合同才有意义。

3. 具体合同风险审查——微观层面的风险识别与姿态

是否要签订合同、如何签订合同、如何履行合同,争议发生后如何解决等事项的决定权在当事人,审查人员对此仅有建议权。因此,是否提出意见、如何提意见、意见是否合理,考验着审查人员的能力和水平,至于是否采纳审查人员的意见,是当事人的权力。认识到这一点,审查人员不能因当事人未采纳自己的意见而忽略合同的条款设置或履行关注;亦不能为了规避自身风险而提出完全符合法律规定而不切合实际的构想。优秀的合同审查人员应具有能准确找出当事人之间相互妥协节点的能力,在风险得

以防范的前提下,促成交易的完成。

(二)讨价还价过程的全程参与——合同审查的时间边界

1. 三个讨价还价的合同阶段

合同是关于讨价还价的具体应用,在签约各方当事人均认为收益超过成本时合同便会诞生,随后也正是这种利益激励让其有着充分的动力去自觉地履行合同。但签约各方当事人签订好合同之后事情往往会发生变化,如这使得原来经过深思熟虑、经过反复商讨的实施方案对一方合同当事人丧失了利益激励因素,则其履行会变得消极,甚至不惜违反合同约定。合同及《合同法》的本意是强制,即使是自愿达成的合同也包含着强制的因素,但合同并不能保证当事人自愿地履行约定,而是在一方主体拒绝履行合同约定时,能强制违约方遵守这项合同。但不能忽视的是,强制履行本身就是一种低效行为,其不但会耗费大量的时间和精力,结果也充满不确定性。于是,利用经济利益与人格利益去诱导或胁迫消极一方或违约一方自觉履行约定成为一种不错的选项。利益诱导和胁迫的目的是重新赋予一方当事人以履约的动力,适当的利益让渡会作为诱饵使用,抛出"诱饵"的大小、形式往往是当事人之间再次讨价还价的关注点。当然,当事人之间再次讨价还价仍不能达成妥协时,诉讼或仲裁成为解决合同纠纷的最后防线,在诉讼或仲裁中,诉争主体会继续第三次的讨价还价。

至此可以看出,合同阶段至少包括两个讨价还价的阶段,甚至有些合同包含有三个。合同谈判到合同签订为 t1 阶段;合同履行为 t2 阶段,诉讼或仲裁为 t3 阶段。当事人在 t1 时期达成的交易是当事人"期待"实现的收益,t2 阶段是当事人将"期待"的利益逐步实现为"现实"的利益的过程,假定从 t1 阶段到 t2 阶段过程中,任何情况都不发生改变,那么签约方很可能就在这种情况下履行合同约定。但"未来总与过去不同"的客观事实,使 t2 阶段的情形总与 t1 不同,也正是这种"不同"常会引发纠纷。在经济实践中,事物的"重要性"须赖于其他条件的衬托。t1 阶段,"交易的达成"处于重要位置,t2 阶段,"履约控制"又成为重中之重;而进入 t3 阶段,"胜诉"则成为当事人的第一追求。因此,在合同实务中,无从也无必要区分 t1 、t2 和 t3 阶段到底谁更重要,重要的是合同每个阶段都不应被忽视。

2."刻舟求剑"思维的成因及归责

不幸的是,在合同实务中,审查人员参与更多的是 t1 阶段和 t3 阶段,而较少被指定参与 t2 阶段,这也正是当事人与审查人员之间发生"争执"与"指责"的缘由,尤其在合同发生争议,或在纠纷诉至法院或提请仲裁时,常会听到那些陷入被动,或可能面临不利结果的当事人对审查人员的抱怨与指责,其理由多集中在对审查人员的工作水平的质疑上,认为审查人员水平低、能力差,致使合同条款的设计不严密、前瞻性差。

忽略"未来总与过去不同"带来的变化,而不让审查人员介入 t2 阶段的行为与刻舟求剑的愚蠢并无差异。合同是当事人协商一致的结果,但这并不意味着只要当事人提出的要求就会被相对方认可而载入合同,因此,先天缺陷的出现在所难免,加上人的有限理性,其中包括当事人与审查人员的有限理性,会使"先天缺陷"存在的情形加剧。合同的签订有着特定的商业背景与特定的环境,签约后背景与环境的变化,突发事件的出现,合同规划的交易关系如不因此调整则会形成后天缺陷。无论是对先天缺陷,还是对后天缺陷,都须在 t2 阶段通过协商来弥补,或通过证据的收集及创制而在事实上改变交易关系。也就是说,t2 阶段是弥补先天缺陷,应对后天缺陷的最为关键阶段。但遗憾的是,审查人员却往往被排除在 t2 阶段之外。当 t2 阶段的矛盾从量的积累而引发质的改变,当商业背景、环境、当事人的心态、合同目的已变得面目全非时,再回头与之前签订的合同比照又与刻舟求剑有何差别?

审查人员被排除在 t2 阶段之外固然有着委托人的因素,但主要问题还在于审查人员本身。至此,也许会有人会产生疑问,既然是否让审查人员参与 t2 阶段的决定权在当事人,那为什么将审查人员排除在 t2 阶段之外的主要责任不在当事人而又在审查人员?当事人的决策过程是一个权衡利弊的过程,其中含有对成本及收益的衡量,邀请审查人员介入无疑会增加当事人的交易费用,尤其是外聘审查人员时,成本的支出更加明显。当事人之所以经常不邀请审查人员参与(或深层参与)t2 阶段多是基于成本考虑,其根深蒂固的观念中认为"不值得"或者"没必要",也许当事人自身都没有意识到自己存在这种观念,但事实却反证了,在当事人眼中,审查人员参与 t2 阶段的"低价值"。那本应是"高价值"的履约控制,为什么在当事

人心目中却变为“低价值”而可有可无？这也许是作为法律人的审查人员应思考的怪现象。一言以蔽之，当事人是因为没有认识到，或没有正确认识到审查人员参与 t2 阶段的价值，故而认为为此额外支出费用并不划算。

3.“刻舟求剑”思维转变的误区及策略

“刻舟求剑”思维的表现形式与责任已经清楚，那接下来的问题是如何让当事人认识到审查人员参与 t2 阶段的重要性。抽象地看，事物本身的意义其实是被填充的。[1] 因此，审查人员高呼“t2 阶段重要”的口号和单纯地灌输“预防胜于治疗”的观念并不能打动当事人，不能让当事人意识到审查人员参与 t2 阶段的真正价值；如寄托于让当事人在“吃一堑”后“长一智”则更不可取，且不说当事人可能由此遭受损失而让审查人员出局，关键是当事人在“吃一堑”后也未必会“长一智”，因当事人除抱怨或指责审查人员水平低、能力差之外，不一定能领悟出导致不利局面出现的原因是什么，不一定能理解为什么在履约后，合同已经变得面目全非，也就是说，当事人在“吃一堑”后并不知道为什么会“吃一堑”。

让当事人认识到审查人员参与 t2 阶段的重要性的正确的做法应从展示“重要性的填充物”开始，让其能充分认识到审查人员在履约阶段并非是处于可有可无的境地，具体展示的内容包括：先天缺陷的弥补与反制策略的制定展示。实务中，交易达成的喜悦往往会掩盖合同存有的先天缺陷，而那些被暂时掩盖的缺陷实质是一方当事人对另一方当事人利益诉求的拒绝，妥协的一方之所以选择妥协是为顾全交易达成的大局，但既然是利益诉求，当事人则不会因暂时性的妥协而彻底放弃，一旦时机闪现，选择暂时性妥协的当事人会堂而皇之地重新提出，甚至会变本加厉。那些认为合同一旦签订就万事大吉的当事人实质上是受了假象迷惑，天真地假定或期待合同签订后就必须严守，既然相对方已妥协，那就意味着彻底地放弃而不能旧话重提。致命的是，当事人在假定或期待相对方应彻底放弃被拒绝的利益诉求时，自己却不安分，总是试图寻找合适的机会将被相对方拒绝的利益诉求重提。

于是，一种怪诞的局面呈现，当事人都各怀鬼胎，但却都期待或假定对

---

〔1〕 熊秉元：《解释的工具》，东方出版社 2014 年版，第 250 页。

方应信守承诺。自己对相对方的“期待或假定”会使当事人的心里警觉松懈而造成应对策略的缺乏,一旦相对方提出或变相重提利益诉求,因事前缺乏应对策略而变得手忙脚乱,“合同应被严守”的期待梦碎,心理的落差往往会让自己气急败坏,而丧失平静对待的立场,愤怒的情绪无形中增加了妥协的难度,纠纷发生的概率大增。另外,自己的“不安分”常会让自己蠢蠢欲动,在自认为时机成熟的履约阶段重提或变相重提那些之前被拒绝的期待利益。也许,当事人在旧话重提时的时机确已成熟,但也不排除是自作聪明地认为时机成熟。时机成熟时,利益诉求容易被满足,而自作聪明的行为后果则不言自明,但纠纷产生的概率却由此大增。

首先,为避免委托方出现手忙脚乱的局面,杜绝委托方自作聪明行为的发生,审查人员应在合同签订后,对合同存在的先天缺陷予以仔细分析,并从实体和程序方面制定实现或反制策略,包括两方面内容:第一,在委托方方面,审查人员应当仔细分析委托方先天缺陷的成因、对实现合同目的和核心权利的制约及影响、弥补缺陷的时间节点和方式,以及无力弥补的应对策略和应具备的配套文件或证据;第二,在相对方方面,审查人员应当仔细分析相对方先天缺陷的成因、对相对方合同目的及核心权利实现的影响、相对方可能寻找的弥补缺陷的机会与时间节点以及可能取得的配套文件或证据。审查人员应当根据对这些情况的分析,得出委托方应制定何种反制策略,如不能反制时,委托方应如何妥协等应对方案。

其次,对于后天缺陷的预防及应对策略的制定也十分重要。先天缺陷可以看成是存量风险,而后天缺陷则属于增量风险;在合同领域,先天缺陷来源于“未达成一致”的意思表示,且被达成一致的意思表示所掩盖;后天缺陷来源于“变化”,其中包括主观变化和客观变化。主观变化包括当事人的心态的变换和认识变化。心态变化会影响当事人的履约行为,例如,某犯罪嫌疑人家属聘请律师提供法律帮助,在签约时,心急如焚的家属会视律师如救命稻草,会将律师费、支付条件等关键条款放置第二位,但在紧急程度缓解后,心态的变化会让其重点关注费用及支付,尤其在沟通不到位,或委托合同设置的条款有缺陷的时候,心态的变化会让其找出各种借口来抱怨或指责律师的工作,而抱怨或指责的目的并不排除其要求降低费用;认识的变化来源于两个方面:第一个方面是,在签约时,由于当事人的有限

理性,致使其忽略了那些应被关注而未被关注的权利,或承担了一些不应承担的义务,随着时间推移,当事人的认识发生变化而提出新的权利要求而影响到合同的履行;第二个方面是,客观的变化包括商业背景、环境的变化、突发事件的发生而影响到当事人认识的变化,进而影响到合同的履行。

针对这些可能出现的后天缺陷,审查人员应重新梳理合同中权利与义务之间的逻辑关系和制约关系,制定合同履行的应急预案,并连同合同一并交底。合同交底是向合同执行人员具体阐明合同固有的逻辑关系及履行的注意事项;应急预案是从当事人的合同目的出发,梳理权利与权利、权利与义务之间的制约关系,确定可接受的最坏结果、可容忍的妥协度、可采取的妥协和反制措施;同时,应急预案中应含有应对当事人禁忌事项的预防措施。例如,虽然任何企业都会将安全生产放在重要的位置,但只要有生产就无法彻底杜绝安全事故发生的可能,而安全事故的发生势必会影响到合同的履行。审查人员在针对制定应急预案时应有所考虑。如安全事故发生后由谁负责事故的统筹处理,如何针对媒体、由谁针对媒体,安全事故发生后,应急抢救措施的选择,后续赔偿方案的选择,包括由谁负责与受害者家属接触、协商谈判,如何确保协商人员不被情绪激动的家属伤害,如伤亡人员属劳务输出单位,或是劳务分包单位的人员,如何避免劳动关系的错位等。

(三)合同审查人员应具备的技能

在相对浮躁的社会环境中,精通法律的审查人员只有静下心来,了解、掌握一些综合性的知识才能胜任自己的审查工作。

1.基本的标的专业知识——勿让法律成为无根之水

法律适用的前提是"事实"清晰,或者说如不了解事实,即使审查人员再谙熟法律也无济于事。例如,某电力施工企业,为了加强合同管理,准备招聘一批法学专业的硕士研究生,笔试中,公司提供了一份日常施工合同要求提出修改意见。最终的结果,参加笔试的人员绝大多数仅仅修改了合同前置条款和争议解决条款,对合同内容竟丝毫未涉及。有些虽对合同内容进行了修改,但修改意见不知所云。失望之余,该公司准备聘请专业律师担任法律顾问,在考察律师时,公司提供了一个关于是否涉及转包的案例,要求律师撰写一个代理方案,但多数应聘律师根本看不懂图纸,不能明

晰总包合同中约定的工程范围和分包合同中约定的施工范围的差异,不知道合同约定的工程范围中哪些属于主体工程,那些属于非主体工程,不认识图纸上标注的电力设备符号,结果可想而知。由此可以看出,作为法律从业人员基本技能的合同审查,并非仅指谙熟法律知识就能胜任。在实践中,审查人员如不能准确界定事实,就无法明晰合同的风险点,更谈不上防范风险,此时,那些被审查人员熟知的法理、法规根本就无用武之地,其存在就如同无根之水。

2. 基本的商业知识——不关注商务条款的思维误区及转变

对当事人而言,合同行为首先是经济行为,商务条款肯定是合同中的重中之重,但问题是,审查人员从事的是法律风险控制,其该不该关注商务条款?如须关注,如何选取关注的角度?应从哪些方面入手?有专家认为,合同中的商务条款,一般是指当事人为了实现交易而必须约定的与交易内容有关的条款,如合同的标的物、标的物的具体内容或规格、标的物的数量及价格、价款或报酬的支付方式及期限等。这类条款完全是当事人应考虑的问题,除非有特别的委托,否则通常情况下不属于律师的工作范围。[1] 事实真的如此吗?答案显然是否定的。商务条款看起来虽不是法律问题,但商务条款的设置是否妥当涉及合同不同的风险类别,而风险的排除无疑应属合同审查的工作范围。

因商务条款引发的风险来源于两个方面:一是,经营层或执行层面临的风险。合同是当事人谋求经济利益和人格利益的手段,实践中非法交易、利益输送往往会以“合同”的形式暗度陈仓,而这无疑会引发风险,其中包括当事人利益受损的风险,以及经营层责任承担的风险。当事人聘请律师,或者在组织机构中设置审查人员岗位的目的是排除企业风险。这其中当然包括排除作为企业要素之一的经营层和合同执行人员的风险,哪怕是因经营层的自利性引发的风险也不能例外。二是,标的物的计价方式、计量单位、支付时间、支付方式,某些合同中的总价与单价的关系等往往会涉及合同成立、合同效力,有些可能是纠纷发生的易爆点。例如,合同中计量单位的约定差异,可能会构成当事人的重大误解,而使合同处于可撤销的

〔1〕 吴江水:《完美的合同》(增订版),北京大学出版社 2010 年版,第 115 页。

境地;再如,合同中未约定具体的价款,而仅仅约定了计算方法,如对计算方法的理解存有差异,争议的发生则在所难免。如此种种,不胜枚举,这些均共同地指向审查人员在审查合同时应关注合同的商务条款。

既然商务条款因会引发合同风险,那审查人员就必须予以关注,但在实务中,审查人员仅局限于合同中关于标的的商务知识是远远不够的。例如,商业环境的不同会对交易的达成及合同履行产生影响。在房地产市场火暴的时候,施工单位与项目业主在签订《建设工程施工合同》时,如项目业主要求垫资,施工单位同意的概率较大,因市场火暴,项目业主回收资金的风险不大,自己垫资的风险也会因此降低。但如果是在房地产市场低迷的状态下,项目业主要求垫资时,实力稍弱的施工单位将会认真考虑,因市场低迷,项目业主销售回款如不理想,工程款都有被拖欠的可能,更不用说垫资款。即使承建商可通过行使优先受偿权等权利,或在条件成熟时将项目业主的房屋作为抵押,或干脆以房抵债来降低款项不能回收的风险,但在市场低迷时拥有的房屋不好变现,损失的发生将是大概率事件。

既然审查商务条款是审查人员的工作范围,那么唯一的办法是,审查人员应掌握所擅长行业的基本商业知识,并在初步识别存有异常时,求助于专业人士。同时,审查人员应知晓国家的经济政策以及转变,无论是对宏观,还是微观的经济环境都应有一定的了解。

3. 基本管理知识的掌握——对管理制度的无知与当事人的风险

当事人内部的管理制度既是风险的来源,也是规避风险的防火墙。现实与规则之间的冲突状态会产生风险,实务中,规则并非仅指法律法规,还包括当事人内部的管理制度。例如,当事人的集体决策制度,如主要经营者置集体决策制度于不顾,而造成项目投资失败蒙受损失,“违反内部管理制度”则会成为追究其行政,甚至刑事责任的原点。也许,项目的失败是因市场的风险,或情事的变更引起,但在主要经营者违反集体决策制度的前提下,这些因素都显得苍白无力,均不能起到减轻决策者责任的作用。如同样是项目投资失败而造成损失,项目在投资前经集体决策,那经营层的责任则会有效降低。此时,市场的风险、情事的变更则会成为项目失败的主要因素,至少是一个责任豁免主要的借口,而集体决策制度则变相成为减轻经营者责任的防火墙。因此,当事人的内部管理制度既是风险来源的

根源,也是当事人的防火墙。

既然当事人的内部管理制度是经营者面临风险的防火墙,那审查人员须根据当事人的具体情况,通过分析当事人及经营层面临的风险,创设主动型规则。如果审查人员对管理知识一窍不通,就难以认识到内部制度对系统性风险防范的意义,更谈不上创设主动型规则来防范或分散风险。如是这样,审查人员的工作重要性将大打折扣,甚至会让审查工作失去应有的意义。而这正是让当事人与审查人员之间难以形成紧密粘连的因素之一,也是让审查人员远离决策,沦落为合同具体条款审查平台的根源之一。

4. 基本的心理学知识——"了解"是开展工作的第一步

合同博弈是数学、经济学、法学问题,也是心理学问题。从判断交易机会的闪现,到交易对象的寻找、合同谈判、签订、履行以及纠纷的解决无不涉及当事人之间的心理博弈。而心理上的变化不但会影响到交易的达成,也会对合同的履行、纠纷的解决产生质的影响。心理活动有着极其鲜明的个案性,不同主体哪怕对相同的事物也有着不同的认知、不同的社会关系、会实施不同的行为、会采取不同的方式处理合作关系。因此,对当事人和经营层心理活动分析,以及判断由此给合同签订及履行带来的影响应具体问题具体分析。

审查人员可从三个方面关注至少五方人员的心理活动。一是双方当事人的心理活动;二是双方当事人经营层的心理活动分析;三是对自己的心理分析。对双方当事人的分析主要侧重经济利益,兼顾人格利益目的,分析当事人的发展阶段、交易在当事人经济链条的地位、交易的必要性、急迫程度、交涉能力等。例如,在买卖合同中,出卖方获取货款是为预防资金链断裂,那买卖合同的签订事关出卖人企业的生死存亡,交易则变得非常必要且十分紧急,由此会在客观上降低出卖方的交涉能力。此时,出卖方因急于达成交易,其让步的可能性及让步的幅度会大增。相反,如出卖方的货物有一定的市场竞争力,且因未有急迫事项而急于变现,出卖人的心理则因从容而不会轻易让步。

对当事人经营层的心理分析主要是侧重人格利益,兼顾经济利益目的。分析其所处人生阶段的前途与追求、人际关系、社会关系、社会资源的占有。例如,在大型国企,30 多岁与 50 多岁的主要经营者因年龄的差异可

能致使其追求不同。30 多岁的领导在政治上有着较大的上升空间，拥有积极进取的思想，同时，其又担心将事情干砸而影响前途，所以又有保守的一面，但总体上积极进取占据上风。50 多岁的领导在政治上的上升空间相对较小，一般而言，保守的思想占据上风。积极与保守的思想反映到合同签订与履行上，导致对风险的态度不同，行为的实施方式也会有所不同。积极进取的经营层重视风险，但不会放大风险，在决策上有时也不缺乏冒险精神，而保守的经营层会人为放大风险，在决策上缩手缩脚。

当事人与经营层在交易中有着一致性的利益，但自利性决定了利益追求的差异性。具有差异性的利益追求决定了经营层的心理活动与当事人有所不同，而经营层价值观的个体差异，使其在面对这种差异时所采取的处理方式不同。例如，在政治色彩浓厚的政府工程中，项目能否按时、安全竣工关系到对经营层的社会评价。在项目履行过程中，自利性给经营层牺牲单位经济利益换取自己人格利益的动力，但不同的经营层因价值观不同其行为方式亦不同。审查人员需注意的是，即使是私心较重的经营层，也不愿意将私心表露于外，其内心的需求与明确提出的需要可能会心口不一，这需要审查人员准确判断。

例如，在上述工程中，签订的合同中明确约定了工程价款，但在施工过程中施工单位提出增加费用，且施工单位的要求如不能被满足，工期就有延后的可能。致命的是，项目剪彩的日期已经确定，届时项目所在地的市领导要出席剪彩仪式，一旦项目延期，对当事人和经营层的影响较大。看重人格利益的经营层在交由审查人员论证时，往往不会将内心的需求，即寻找理由论证“施工单位要求增加费用是合理的”直接告诉审查人员，而是公事公办地提出让审查人员论证“施工单位要求增加费用是否合理”。从公事公办及合同严守的规则看，审查人论证的结果无非有两种：一是施工单位的要求合理，应该增加费用；二是施工单位的要求不符合合同约定，不应增加费用，如逾期竣工，可以追究施工单位的违约责任。显然，第二种论证意见并非契合经营层的真实需求。当然，让审查人员分析经营层的心理活动的意图并非是让审查人员无原则的迎合、满足经营层的私欲，也就是说，分析经营层的心理活动并无关价值判断，仅仅是辅助工作的方法。

审查人员对自己的心理分析是经济利益与人格利益并重，其主要分析

与当事人之间的关系、自己的地位困境、责任困境,以及在保持自己工作独立性的前提下如何契合企业家的思维;分析在法律的底线可能被击穿,且无法阻止当事人或经营层的一意孤行时,自己应有的立场和态度。

第二节　合同审查的客体

一、完美合同的思考——完美是结果的完美而非过程的完美

什么样的合同是完美的合同?从形式上看,是结构体系清晰、功能模块完备、整体思维严谨、合同语言表述精准。从内容上看,是主体适格,交易目的、手段合法,权利义务明确,风险因素被消除;从功能上看,是交易需求得到满足,纠纷被杜绝。但这样的完美是理想状态的完美,静态的完美,是基于强力假定的完美,其假定的是当事人地位平等、信息充分对称且具备相同的交涉能力。但在社会实践中,当事人地位的强弱不同,主体所有制性质,关注的侧重点,甚至当事人的好恶均不同,这些都影响着合同条款的设置。也就是说,在合同签订之初,合同条款的设置并非都能如当事人所愿,甚至不排除城下之盟,在此情形下,从开始就奢望签订所谓的"完美的合同"无异于痴人说梦。

既然"完美"不能总始于合同签订,那"完美"的评价就应定位于结果状态的"完美"。审查人员在追求完美的结果状态时不应心存一劳永逸的幻想,其需在不同的阶段采用不同的策略:签订合同时的主要策略是满足合同的交易功能,其需明晰合同应具备的条款,应如何准确表述这些条款,如因限于各种不利因素,而使应具备的条款无法载入合同,或虽已载入合同,但却未能按自己的意愿予以表述时,审查人员需从最坏结果着眼评估缺失的条款或表述的差异对合同目的实现的影响,并以此给出当事人是否可以达成交易的建议;如当事人决定达成交易,审查人员需事先制定策略,择机扭转被动局面;在履约阶段,审查人员应观察并及时分析因主客观变化带来的契机,或主动地创造有利契机,通过补充性法律文件的签订,或证据的收集、创制,来弥补签约时形成的缺陷。因此,静态观察完美的合同在

经历履约阶段后不一定能实现完美的结果，同理，静态观察并不完美的合同在履约阶段经主动调整后，也可能会出现完美的结果，而这一切有赖于审查人员能动态分析履约阶段发生的各种变化，并能及时、准确地把握变化带来的可以扭转主被动关系的机会。

二、合同的严密性思考

（一）合同严密性的内涵及再认识

合同条款是不是必须严密而不存有漏洞？答案显然是肯定的，但合同领域的严密不是指“非此即彼”的僵化的严密，不是局部的严密，而是整体结构的严密，是蕴含灵活性的严密。体现到合同条款的制定和履行中，看似有“漏洞”的约定也许是为实现最终的完美，故可称之为以“不严密”的行为实现“严密”的效果，即“不严密中的严密”。实务中，“非此即彼”这种僵化的严密有时会起到适得其反的作用，其主因是“非此即彼”的严密则意味着柔韧性的丧失，而事实上，有些合同需要一定的柔韧性。

（二）经营层心态特质与柔韧性——自断后路的严密的克服

合同心态因属于内心的心理活动，其不并在法律体系及合同约定的考量范围之内，但不可否认，当事人的心态对合同的谈判、签订及履行具有较大的影响，而当事人的心态实质上是经营层的心态。经营层的心态具有不可知性、不可救济性和不可衡量性。不可知性是指由于其属心理活动，在被外在行为呈现出来之前，其他人不可能真正地、准确地认识到庐山真面目；不可救济性是指不利事件的发生会影响经营层的心态，但经营层只能“哑巴吃黄连”，却无法借用救济途径予以救济；不可衡量性是指不利因素的发生会影响经营层的心态，但影响的程度却不可衡量，不能使用类似经济补偿的客观方式予以弥补。

对经营层而言，影响其心态的是可能发生的不利事件及由此带来的连带效应，既然不利事件会对心态产生影响，且不能通过外力救济挽回影响，只有通过自己的力量来阻止不利事件的发生。事实上，经营层在无可奈何时实施的“阻止行为”往往不会顾及合同的约定，而严密性却对经营层的“阻止行为”形成强力制约。实务中，我们常发现经营层关注的重点与审查人员关注重点不同，尤其在政治色彩浓厚的项目中，经济利益往往并不总

处在经营层优先考虑的顺位,在这种无可非议的自利心态的驱使下,以合理的经济利益换取项目的顺利实施已变得理所当然,因为:"节约成本—项目未顺利实施"与"成本增加(不计成本)—项目顺利实施"这两种结果给经营层带来的评价会截然不同。此时,如合同条款过分严密,使经济利益的调整空间丧失,则会置经营者于两难境地:如不调整经济利益可能会影响项目的顺利实施,而项目不能顺利实施会给经营层带来否定性评价;如突破合同约定强行调整会给经营层埋下否定性评价的隐患。因此,合同结构及具体条款的严密程度应具体问题具体分析,对审查人员来讲,理想的处置原则是"严密但不死板",即在合同中约定严密的调整原则和程序,在确保相对严密的前提下,预留适当的调整空间,既不留明显的漏洞,又能根据履约情况适当调整。

(三)合同审查中的整体观——画蛇添足式的严密的摒弃

审查人员对严密性的理解应有整体观,实务中应预防审查人员为追求"画蛇添足"式的局部严密而对整体方案产生致命的影响。

[案例2-4]甲公司在开发一个地产项目时,因经营管理问题,致使对外大量负债。甲公司为"保全"资产,避免其他债权人主张债权而对商品房进行拍卖,便与同一系统的施工单位乙公司协商,将未销售的房屋以冲抵工程价款的名义全部登记到乙公司名下,并签订了《债权债务冲抵合同》和《商品房买卖合同》。在签订上述合同时,乙公司提出,如根据冲抵合同和商品房买卖合同,其对甲公司享有的工程款债权消失转化为对房屋的权属,显然,这并非乙公司所愿。于是在《债权债务冲抵合同》签订后,乙公司要求甲公司签署《债权债务冲抵合同的补充协议》,在补充协议中,双方明确了签订冲抵合同的真实目的,并明确甲公司应在具备偿还能力时用现金支付工程款并约定了最后偿还期限。补充协议签署后,甲公司依旧正常销售商品房,如有客户选择已被抵账给乙公司的房屋时,则甲公司撤销登记,重新为"新客户"办理登记手续。销售房屋的价款在甲公司收取后支付给乙公司。

站在乙公司的立场看,其行为应算严密,签署冲抵合同和商品房买卖合同达到了帮助同系统甲公司"保全"资产的目的,签署补充协议明确了双方的真实意图,并未丧失现金收款的权利,履行中甲公司卖一套,撤销登记一套,乙公司回款一部,既保证了资产的"安全",又保证了工程款的回收。

但恰恰是甲、乙公司的局部“严密”对整体方案造成致命冲击。因如甲公司和乙公司仅仅签署冲抵合同和商品房买卖合同可以被认定为正常情形,在实务中,房地产开发公司用商品房冲抵工程价款的现象也随处可见。但由于后来双方签署的补充协议,以及在履行中采取的具体做法,很明显可以看出甲乙公司的真实目的是通过损害其他债权人的利益而达到“保全”资产的目的。本来可以通过“疏漏”来完成“正常”的冲抵,但却因大局观的缺失造就了双方恶意串通的结果,最终使整体方案因“画蛇添足式的严密”而失去意义。因此,合同审查中应首先考虑整体构架,然后才能确定与之相匹配的“严密”,如过分地强调某一方面,而造成整体方案的漏洞,那将面临无法实现当事人预想效果的风险。

(四)自我制造违法证据——自掘坟墓式的严密的杜绝

合同审查人员如缺乏整体观,可能会因追求局部的严密而对整体方案形成致命的冲击,但这种冲击所带来的风险大多是经济利益的风险,但在实务中,有一种严密属于自掘坟墓式的严密,其通过自己制造违法甚至犯罪的证据,而使当事人及经营层面临万劫不复的风险。

[案例2-5]某集团甲公司,在某市中心有一宗土地需要处置,乙公司系该市一个知名品牌的房地产开发商,经过协商,双方达成收购意向。但甲公司经财务人员测算,如果将土地使用权直接转让给乙公司,增值税的比例太高。于是,经与乙公司协商准备采取变通手段。其中有三个要点:一是,在签订的《土地使用权转让合同》中,大幅降低转让价款;二是,甲公司的全资子公司丙公司在乙公司开发的位于本市另外一个中心地带的楼盘中,购买一层写字楼,丙公司与乙公司签订的《商品房买卖合同》中约定的购房款大幅低于正常售价;三是,甲公司下属的全资丁公司,承建乙公司另外一个准备开工的楼盘的电力建设工程,丁公司与乙公司签订的《建设工程施工合同》中,约定的工程价款大幅高于正常的工程价款。这样,《土地使用权转让合同》中的转让价款被实质性地分拆为几部分,即转让价款、购房的优惠价款、工程合同中高于正常计费的工程款,最终目的是规避高额的增值税。

严格地讲,上述几个合同之间虽有关联,但因涉及的主体众多,单纯地分析每一个合同将难以清晰判断甲公司的真实意图,即使价款的约定有点

异常也因不算离谱而能找到合理的解释。甲公司在讨论上述方案时,审查人员提出质疑,认为丁公司虽然和乙公司签订了《建设工程施工合同》,但该项目并未开工,理论上存有不开工的可能,如果项目搁浅,或者在《土地使用权转让合同》签订后,乙公司违约,不履行其与丁公司签订的《建设工程施工合同》,甲公司无疑将受到较大的损失。因此,建议甲公司与乙公司签订一份《土地使用权转让合同的补充协议》,在补充协议中将整个事情的来龙去脉描述清晰,并约定如丁公司与乙公司签订的《建设工程施工合同》不能履行,乙公司应将《土地使用权转让合同》中少支付的款项的差额(合同约定的价款低于实质价款)补偿给甲公司,并承担违约责任。审查人员认为,只有这样风险才能排除,整体方案也才算严密。

上述项目后来因各种原因而未能继续进行,但从审查人员提供的审查意见看,其出发点是为追求整体方案的严密,是为排除甲公司面临的在收取土地使用权转让价款方面的风险,但从合同目的考虑,审查人员的意见完全是自掘坟墓式的严密。甲公司之所以将土地使用权的转让价款分拆,目的就是规避增值税,而规避税收的行为是违法,甚至是犯罪行为。本来按照原来的设计方案,可以找到合理的理由解释,而审查人员为追求严密,自己将“违法犯罪的证据”通过合同签订固定下来,一旦事发,当事人与经营层将无任何解释余地。因此,审查人员在审查合同时,顾及合同的严密性固然不应受到指责,但如为严密而严密,却忽略由此带来的其他风险,那基本可以断定,此类审查人员绝非合格的审查人员。

三、合同中当事人意思表示一致的思考

(一)意思表示一致与真实意思的差异对合同履行的影响

法律行为(不包括法律行为中的意思实现行为)通常包括作为其核心的一项:意思表示。意思表示是一种决定性行为,它是表意人实现其法律行为意思的一种手段;意思表示也是一种人际交往行为,其表述的内涵具有独立意义。[1] “意思”是停留于内心的想法,“表示”是将内心想法呈现

〔1〕[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第450-455页。

出来的行为。“意思”在未被“表示”之前不发生任何法律效果。审查人员不可忽视的是,在合同领域“被拒绝的意思表示”与“未表示的意思”虽不发生法律效果,但在履约阶段可能会影响到合同的履行,如签约时被拒绝的“意思表示”旧话重提,或签约时“未表示的意思”在履约阶段被“表示”出来,这就意味着合同严守的规则被打破,作为“意思表示一致”载体的合同在履约中就会受到“不再一致的意思表示”的影响,因此,审查人员须正确看待“意思表示的一致”与当事人“真实意思”之间的差异与可能的演化对合同严守的影响。

合同作为当事人意思表示一致的民事法律行为是以意思表示为要素,且按照意思表示的内容赋予法律效果。合同文本仅固定当事人“一致的意思表示”,未达成一致的“意思表示”不发生特定的法律效果,也就是说,合同反映的“意思表示一致”是基于法律规定被“推定一致”,并非完全等同当事人的“真实意思”。因此,合同中反映的当事人的意思表示既有真实的部分,也有不真实的部分。不真实部分的产生有以下几个因素:一是一方当事人虽表示出自己的意思却被另一方拒绝或修改;二是一方当事人表示出自己的意思,相对方虽不愿接受,但基于类似达成交易等因素的考虑而不情愿地被动接受;三是当事人的意思表示出现歧义;四是当事人固有的“意思”,但基于时机不成熟,或考虑交易达成因素而未在谈判时“表示”出来。

毋庸置疑,只有“一致的意思表示”才发生特定的法律效果,但值得注意的是,当事人既然做出意思表示肯定有其相应的目的和诉求,当然,相对方的拒绝也有着特定的目的,那被拒绝的部分是不是就一定意味着当事人已真正放弃?如这仅是一种妥协策略,那在履约阶段,在机会成熟时其是否会旧话重提?旧话重提意味着对之前合同的修改,结果无非是被满足或被再次拒绝。那么诉求被满足或被拒绝是否会对合同履行带来负面效应?同理,一方提出要求,相对方勉强或迫于无奈接受,这种接受一定是基于一定的利益考量,否则,作为谈判对手没有接受的必要。在履约阶段,如其期待的利益化为泡影、或已实现、或不再重要,那其是否会找机会推翻原来的承诺?如原来的承诺被推翻又会带来何种法律后果?如其推翻原来的承诺的企图未得逞,是否还有其他制约手段?对这些问题,审查人员不得不事先考虑。

(二)审查人员须对"意思表示一致"予以持续关注

区分推定的"意思表示一致"和当事人的"真实意思"在学术上并无意义,因"未达成一致的意思表示"不发生法律效果,但无论当事人表示出的"真实意思"是否能被载入合同文本,其都可能会影响到合同履行。对审查人员而言,合同文本中固化的"一致意思"仅代表当事人之间暂时性的妥协。虽合同一旦签订就应严守,但这仅成立于理论层面,或代表着一种价值追求。因利益造成的"明争与暗斗"充斥着合同全过程,暂时的妥协并不意味着万事大吉,并不当然意味着当事人会一直妥协。对此,审查人员应有清醒认识,并做好防范,即在合同签订后,应将谈判中未达成一致的部分进行梳理并分析,分析可从两条线展开:一是梳理委托方"表示"出的但被对方拒绝的"意思",尤其是委托方认为比较重要的部分被拒绝后会产生何种影响,同时分析对方为何会拒绝?分析如进入履约阶段,委托方是否还有机会让对方接受委托方的要求,如其不接受是否有其他反制手段?梳理委托方被迫接受了相对方"表示出"的哪些"意思",分析相对方为什么会作出这样的意思表示,对委托方有何种影响?分析如进入履行阶段,委托方是否有机会拒绝?如不能拒绝,是否还有其他反制措施?二是梳理被委托方否决的相对方的意思表示,尤其是相对方比较坚持的部分,分析其为什么会作出这样的意思表示,目的是什么?履约阶段,相对方会利用什么机会重新提出或变相提出该要求?委托方如何避免给予对方以旧话重提的机会?如相对方提出,委托方应如何应对?满足或再次拒绝会引发何种法律后果?

四、合同细节的思考

(一)整理细节的着眼点——以合同目的实现为中心

"千里之堤,溃于蚁穴"比喻小事不慎将酿大祸,合同履行中,如对细节不予以充分关注,最终可能会酿成纠纷,或使当事人的合同目的落空。合同签订后,审查人员应对合同履行中所涉细节进行整理,整理应围绕着合同的权利和义务,尤其要注意权利义务之间的制约性和配套性。制约性来源于当事人之间权利义务的对应性和履行的连贯性,一方的权利往往是另一方的义务,义务的履行和权利的取得互为条件。履行中,审查人员应关注义务的履行顺序,同时应关注履行顺序被打乱所带来的连锁效应。如

《合同法》第 66 条规定：当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。《合同法》第 67 条规定：当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。由此看来，设定的义务履行顺序与权利的取得息息相关，一旦这种连贯性被打破，势必造成整体合同的失衡。

因此，审查人员在合同签订后，可使用图表方式确定委托方和相对方履行义务的时间节点和权利取得的时间。在制定时间节点时，对于委托方的义务，应预留合理的履行准备时间，对于相对方的义务，应随时关注，适时催促。实务中，审查人员要关注义务的履行顺序，自然要关注权利与义务的制约关系，但于具体合同只能具体问题具体分析，不能完全拘泥于所谓的履行顺序，尤其在委托方的合同目的或核心权利受到影响，且这种影响会溢出从而对其他经济环节产生质的破坏时，审查人员的视野应脱离具体合同而应放眼于委托方的整体经济链条。

（二）合同细节与履约配套——配套缺失的危害实例及对策

配套性是指在准备履行合同时应完善配套措施，完善的必要性来源于对自身权益的保护，其目的是防范因相对方不诚信给委托方造成实质性损害，或因配套措施出现漏洞而造成不必要的争议。例如，分期付款的所有权保留所遭遇的尴尬。我国法律规定了所有权人的取回制度，但对取回权的行使又进行了限制。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 35 条规定："当事人约定所有权保留，在标的物所有权转移前，买受方有下列情形之一，对出卖人造成损害，出卖人主张取回标的物的，人民法院应予支持：……（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。"该解释第 36 条规定："在本解释第三十五条第一款第（三）项情形下，第三人依据物权法第一百零六条的规定已经善意取得标的物的所有权或者其他物权，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。"买受方在出卖人保留所有权的情形下，对标的物进行处置固然违反了合同约定，违背了诚信原则，但出卖人对于买受方的指责，对实现出卖人的合同目的，即以所有权保留来实现价金担保的目的毫无裨益。当然，出卖人可以追究

买受方的责任,但取回权的丧失无疑增加了出卖人能否获取补偿的风险。目前,我国的现状是规定了所有权保留制度,规定了善意取得制度,但尚未建立所有权保留的登记制度,也就是说,现在对于出卖人保留的所有权没有在制度层面上解决公示的问题,于是,所有权保留与善意取得的冲突结果是第三人很容易构成善意。

审查人员在委托方约定所有权保留的情形下,应基于相对方可能的不诚信,制定配套措施,该措施的核心是预先有针对性地否定第三人可能的"善意"。根据《物权法》第106条的规定,善意取得必须符合三个条件:受让人(主张善意取得的第三人,下同)受让财产时是善意的;受让人受让财产必须支付了合理的对价;转让财产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付。从善意取得的构成要件看,出卖人唯一的途径是通过"公示"防范第三人以"善意"为由进行对抗,因"合理价格"的认定权限不在出卖人,且"合理"本身属于模糊性的量化概念,标准的缺失,难以确定何为"合理";标的物"登记或交付"行为已超出了出卖人的控制范围,那留给出卖人的只有一个否定"第三人善意"的路径。

善意取得的核心在于"善意","善意"的核心在于"不知情",否定"不知情"的最佳办法就是"公示"。检验审查人员制定的配套措施是否完善的标准就是:配套措施是否具备公认的"公示"功能,如具备,第三人则始终处于"恶意"的境地;如不具备,出卖人的取回权会受到实质影响。由于我国在制度层面上没有关于所有权保留的登记公示的规定,学界对于公示制度也做了深入探讨,莫衷一是。因此,在没有制度规范时,审查人员只有通过"自力"完成。实务中,有的在开具的发票上注明"所有权保留"字样,或在标的物上作出保留所有权的标记,或试图到相关机关登记。

在标的物上做出"所有权保留"的字样,确实可以起到补强公示的效果,但这种方式对不诚信的买受方所起到的作用极其有限,其完全可以通过一定的物理手段,消除所做标记;到相关机关登记完成公示仅在理论上成立,首先,国家机关的职权范围是严格限定的,在没有规定授予国家机关行使登记职责时,恐怕没有哪个国家机关会超越自己的职权范围;其次,即使有国家机关愿意接受登记,但囿于没有制度层面的设计,第三人完全可用"不知道"为由开脱,况且,第三人在购买"二手货"时没有能力,也没有

必要在浩瀚的国家机关中进行“大海捞针”式查询。

开具发票上表明“保留所有权”字样的效力在实践中的看法不同。有学者认为:在商品交易中,特别是“二手货”交易中,买受方通常会检验标的物的原始购物发票,以确保商品来源合法。这样第三人在通常情况下就会了解标的物上的权属负担,免除了查验登记的诉累。[1] 也有人认为:当事人买卖交易中不一定均交付发票,如果在交付发票的交易中出卖人在发票上记载了所有权保留,且第三人在买受时又取得了发票,此时可以认定为该发票的记载对第三人具有公示作用,第三人不能成为善意,不能以善意取得主张获得物的所有权。但是,虽然发票上有记载,但第三人并未获得发票,此时就不应认定发票的公示作用。[2] 笔者认为,开具发票上表明“保留所有权”字样应认定为具有“公示”效果。理由如下:

首先,目前我国没有登记制度,其他的方式如在标的物上做标记等方式对于不诚信的买受方而言并无效果。如发票上标注了“所有权保留”,而第三人以没收到发票为由抗辩能够成立的话,那所有权保留制度的必要性因不具备操作性而大打折扣。

其次,“善意”是行为人内在的心理活动,其因不显于外部而无法度测。因此,实践中的处理方式是:只要第三人举证证明自己支付了合理价格并已实际占有就完成了自己为“善意”的举证,接下来,出卖人(原权利人)需要举证证明第三人为“恶意”。此时,如出卖人提供了有“所有权保留”字样的发票,第三人会以没看到为由抗辩证明自己不知情,那第三人的抗辩是否成立涉及一个理性人在受让标的物时应不应该关注标的物的权属的合法性问题。如其应关注则抗辩不成立,如其可不关注则抗辩成立。

虽然动产以占有为公示,虽然《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 3 条第 1 款规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。”虽然交易安全不仅体现在使合同相对人有效取得物权,也可以体现

[1] 柴振国、史新章:《所有权保留若干问题研究》,载《中国法学》2003 年第 4 期。

[2] 最高人民法院民二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2012 年版,第 544 页。

在使相对人取得有效债权,[1]但从当事人签订买卖合同的目的看,其出发点和最终目的都是为取得标的物的物权,而非单纯为取得有效的债权。也就是说,当事人取得有效的债权的终极目的是通过消灭债权而获得物权。至于因一方当事人无权处分而造成终极目的落空,债权债务性质发生转换,债权人追究债务人的违约责任或要求损害赔偿,是对"获取物权目标落空"后的救济,是当事人没有办法时的选择,这并非是符合合同目的的,并非是合同本来的、应有的正常状态。当然,在债权人行使救济时,有效债权的意义和作用会得以体现,但这并不意味着买受方可不关心受让标的的权属。

静态的财产安全和动态的交易安全是硬币的两面,在强调动态的交易安全保护时,如不完善所有权保留的公示制度,势必会对社会公义的理念形成冲击,最终导致对交易安全的破坏。因此,对《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条应且只应从单向的正向理解,而不能从反向推导出该解释引导或鼓励当事人签署出卖人无权处分的买卖合同,也不能解读为买受方在签署买卖合同时可不关注标的物的权属。

另外,从无权处分可能导致的结果判断受让人在签署买卖合同时是否应关注标的物的权属,如买受方签订买卖合同时不关注标的物的权属,无疑将自己置于飘忽不定的境地,其结果可能是风平浪静的取得物权(出卖人有权处分),也可能只有通过诉讼证明自己是善意时才能取得物权(出卖人无权处分)。当然,买受方也可能无法取得物权,而只能追究出卖人的违约责任。[2] 既然不关心权属会带来诸多不确定因素,那应认定作为一个理性的买受方在签署买卖合同前应对标的物的权属予以必要的注意。因此,买受方忽略标的物权属证明的行为不能说明是善意行为。

五、谁的合同——对合同制作类型的评价与思考

(一)合同是谁的——合同是当事人的合同的内涵

明确"合同是谁的"这一问题,是在明晰了审查人员定位的基础上进一

---

[1] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第223页。

[2] 《买卖合同司法解释》第3条第2款规定:出卖人未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受方要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。

步探讨审查行为针对的具体对象、应采用的审查方式及工作成果应具备的状态。严格地讲，通过定位分析，合同的归属已十分清晰，其是当事人的应无丝毫疑义，其内涵应包括三方面：一是合同形式能被当事人接受；二是当事人对合同内容应了然于胸；三是合同履行的后果由当事人承担。

（二）审查人员的误区——审查行为表现出的口是心非

"合同是谁的"看似是一个非常滑稽的问题，但恰恰是这个滑稽的问题在实务中却经常被审查人员混淆。混淆不在于审查人员不知道，或不能正确回答"合同是谁的"这个问题的答案，而在于其行为背离了口头的回答。实务中主要表现为以下几种类型：

1. 简约型

持此类观点的审查人员认为，合同的专业性极强，当事人的个体差异巨大，让其清晰地了解合同约定和法律规定的难度极高，因此，合同只要把主要问题描述清楚即可，不必将权利义务安排的过于复杂。简约型倡导合同语言通俗易懂，能用一页纸说清楚的，绝对不用两页纸。

2. 孤芳自赏型

或称自我中心型，该类审查人员倡导所谓的严谨，其使用的语言晦涩难懂，常将简单问题复杂化，且时不时发挥拿来主义，将国外同行的合同条款直接翻译，拿来就用，翻译不在乎信达雅，而是追求运用晦涩的合同语言，仿佛语言越晦涩，越能显其高深。此类人员不在意当事人能不能看懂，能不能知悉合同的意思，甚至有些个体追求连同行都不能看懂的境地，而这一切，都是为了证明自己的与众不同和高深莫测。

3. 经验主义型

或称一劳永逸型，该型审查人员善于总结合同的共同特性，追求制定能普遍适用的合同范本，且总以"规范化"的借口推广合同范本。其追求的目的是在经营中，无论当事人是谁，其只要依照范本合同填写或删减不同选项即可，而没有必要花费大量的时间去讨价还价或磋商合同条款。

4. 现代型

或称理想主义型，该类型审查人员具有现代思维方式，用互联网、数据库等前沿技术，力图让机器设备替代审查人员。目的是节约人力资源，把法律产品规模化，把本身不可复制的法律产品变的具备可复制性。

(三)审查人员言行不一的实质与危害

1. 害人害己的简约型

简约型固然可以把复杂问题简单化,但对当事人来讲是不公平的。法律具有专业性,这正是当事人寻求法律帮助的缘由,而简约型的审查方式,让当事人知其然而不知其所以然,通俗易懂的简约表述可能让当事人了解了合同主要内容,但却存在三方面弊端:首先,简约型以“当事人看不懂、懂不起为由”,在合同条款设置上不考虑履约阶段的变化和应对变化的具体策略,或简单使用类似“按照法律规定处理”的描述。由于当事人对突发因素及应对策略浑然不知,权利义务的平衡很容易被打破而酿成纠纷;其次,简约的内容固然能让当事人容易理解合同内容,但专业的差距会使当事人的理解偏离其真实意思,而这种偏离只有在履约阶段才会被发现,届时理解的差异会形成争议而酿成纠纷;最后,简约型从某种意义上讲是对当事人智商和能力的蔑视,一旦遇到能力较强或有一定诉讼经历的当事人,简约型的审查人员的工作能力很容易遭到当事人质疑。

2. 定位混乱且不自信的孤芳自赏型

孤芳自赏型是因定位错乱,或是试图以所谓的高深掩饰自己的不自信。当事人的合同,审定后的合同须让当事人明白合同内容。正确地、全面地理解合同内容是正确履行合同的前提,如合同的语言晦涩难懂,将本可通畅表达的部分故意表述不通畅,这很难让当事人正确理解合同。囿于法律的专业性,当事人对此类型合同的心态也比较微妙,其要么因搞不懂而放弃研究合同;要么不懂装懂,使合同沦落为皇帝的新衣。当然,在孤芳自赏型中,有部分是审查人员的故意卖弄,以为晦涩的讲话方式就能显示出自己的与众不同和高深莫测。究其实质,卖弄本身就是对当事人的愚弄。殊不知,合同的审查必须依托在生效的法律、法规框架以内而不能脱离现状,合同的内容必须让当事人完全清晰。因此,从这个意义上讲,卖弄者不是无知就是不自信。

3. 自不量力试图制定标准的经验主义型

经验主义型试图使用归类方法寻找一种复制法律产品的捷径,所以其迷信所谓合同范本的制作。范本合同的倡导者也知道实务中的各种因素始终处于变化之中,因此为能使制定的范本全面,在制作时只有尽量将各

种因素都假定进来,结果是制定的范本涵盖的范围越来越宽,内容越来越多。但具体使用时,当事人会发现,范本中的很多条款完全多余,但有些必须要约定的条款,范本中却又未设置或涉及深度不够。究其原因,范本合同的制定者忽视了下列因素:首先,范本的制定是基于经验的积累,并在总结经验的基础上抽象总结,但制定者忽略了“合同注重的并非是单纯的时间即时性”的规律,忽略了“未来将与过去不同”的事实。事物本身总处于发展变化之中,商业环境、体制、当事人的自身状况与内部规定、法律法规,政策的变化都会对合同履行产生影响,“以不变应万变”,显然会捉襟见肘;其次,合同范本为增强权威性必然追求全面,但事实上,不同的当事人的性质不同、合同目的不同、关注的权益不同致使对合同的要求不同。也许范围能够做到全面,但由于未区分具体合同之间的差异而采用“一刀切”的做法,实难避免纵深不够的窘迫境地。

迷信范本合同会带来两方面的危害:第一,范本合同会弱化法律从业者的执业能力。范本制定者制定范本的出发点之一是为当事人示范,提高合同签订的效率。殊不知,示范文本实质上是想通过压缩当事人协商谈判或思考的时间以换取效率的提高。我们暂且不探讨范本制定者的理论水平、实践能力和对行业的了解程度,不讨论其制定范本的水平高低以及是否契合当事人的需求,仅就其对法律从业人员的执业能力弱化这一点就完全可以将其视为审查行为中的癌变病灶。合同条款的拟订是审查人员在生效法律框架下,自行创制规则,约束合同各方,合同条款的制定过程是审查人员发挥主观能动性的过程,范本合同试图以牺牲审查人员的创造能力,换取所谓的效率,这本身就是对审查人员能力的弱化。当然,示范文本在演变为标准合同以前,并没有剥夺当事人的协商权利,当事人照样可就合同内容协商,但这种理由仅在理论上成立,其忽视了中国的经济结构和国内法学教育的现状。

目前,在国内的经济结构中,国有成分占据绝对优势,大型国有企业,尤其是具有一定垄断地位的国有企业,以“便于管理”、“规范”为借口热衷范本制定,借助自身的优势地位挤压对方的协商空间,这种挤压不但会弱化对方的主观能动性,也会弱化自己的主观能动性,“内战内行,外战外行”就是对这种现状的真实写照。与此同时,囿于各种因素,中国法学院的教

育偏重于理论教育,法学院毕业生的实务专业技能训练基本处于空白状态,即使法学教育加入实务训练,但其要求学生解答的"案例"通常都是已拟订完备的合同和事前设定的事实。考试中,老师要求学生给出正确答案,殊不知,很多法律问题并没有标准答案。法学院毕业生专业技能弱的缺点长期被用人单位诟病,法学院也在不断的改进探讨,从诊所教育、模拟法庭到参与社会实践,目的都在于提高法学学科毕业生的执业技能,但总体来看,效果不佳。于是,法学院毕业生的技能训练被推向社会,但范本合同的推行对他们再次进行了阉割,范本合同使他们放弃思考,怠于提高,最终的结果则成为一个范本合同的填字员。

第二,范本合同制定会变相增加格式合同的范围,是对契约自由的侵蚀。《合同法》第 39 条第 2 款对格式条款做了界定:"当事人为了重复使用而预先拟订,并在订立时未与对方协商的条款"是格式条款,"重复使用"、"预先拟订"是格式条款的表象特征,其实质是"未与对方协商"。严格地讲,只要"未与对方协商"而使用提前拟订的合同条款就应是格式条款。至于是否重复使用,并不应影响其作为格式条款的实质。范本合同与格式条款看起来有实质上的差异,即范本合同允许协商,但结合我国经济结构的特点,在许多领域,当事人的合同地位强弱态势非常明显,处于弱势地位的当事人虽在理论上有协商的空间,但事实上,弱者的协商空间仅是空中楼阁,处于弱势地位的他们通常只有放弃理论上存在的协商空间来换取来之不易的交易机会。从这个角度观察,合同范本与格式条款又有何异?这变相增加了格式条款的适用范围,而这种条款是基于当事人不平等的地位产生,当强势一方从"自利"的立场出发,单方拟订范本合同时怎会顾及对方的权益?怎会顾及公平正义的价值理念?正因如此,格式条款才被称为"契约自由之癌",那与格式条款无异的范本合同是不是可以称为"契约自由的癌变病灶"?答案是肯定的,因长此以往,范本合同会逐步演化为标准合同,届时合同法学的基础理论势必会受到强烈冲击,《合同法》的立法价值将被严重扭曲。

4. 天真烂漫忽略法律服务本质的现代型

现代型是彻头彻尾的理想主义者。现代型是近些年随互联网技术发展和智能设备的出现而衍生的一种类型。现代型倡导用互联网技术和智

能设备替代人工，而达到降低服务成本，惠及更大多数需求的目的，但现代型忽略了几个重要因素，而最终只能成为应景之作：第一，现代型忽略了审查人员的主观创造性，而审查人员的主观创造性恰恰是合同审查的核心。事实和法律规定犹如原材料，在抛却核心的前提下，试图将其简单地糅合就想制定出一份合格的合同，与痴人说梦又有何异？第二，现代型忽略了审查人员和当事人之间的人身依附性，品质源于信赖，信赖则表现出了人身依赖性。当事人签约时的真实目的不一定是从表象看到的目的，当事人拟采用的行为不一定都是合理合法的行为，当事人如不信赖审查人员，不能做到言无不尽，拟订的合同将很难达到预期。因此，当事人对审查人员的信赖是合同审查的基础，现代型根本无法解决此问题；第三，合同的审查除静态审查外，还包括动态审查，动态审查赖于审查人员的经验积累和对事物的预判，其主要是在履约阶段发挥作用。现代型也许能静态地完成一部分审查工作，却在动态审查上毫无办法。

第三章

合同审查的视角(上)——风险点识别

第一节 风险点识别概述

一、审查人员的本职工作与排除风险点的思维

(一)审查人员的本职工作——风险的排除与设置

合同审查人员的一项主要工作是评估当事人签订的合同能否顺利履行而实现合同目的。风险点是实现合同目的途中的"雷区"。"布雷"与"扫雷"的攻防转换都应围绕着"合同目的"能否实现这一中心。"布雷"是主动为相对方设置风险点,目的是换取对方的妥协与让步,或迫使对方配合;"扫雷"是主动排除风险,为当事人扫清实现合同目的的障碍。

(二)排除风险的思维——风险不一定都要排除

1. 否定性评价如并未背离当事人预期的风险无须排除

既已成立的合同是否有效是一个法律评价问题,作为合同效力评价的结果,在我国法上具体分为合同有效、无效、可撤销以及效力待定诸种情形。"有效"与"无效"中的"效",指的是法律行为或依合同意思表示所追求发生的法律上的效果。[1] "法律上的效果"和当事人追求的效果具有一致性,但并非完全一致。合同无效是法律对合同效力进行的最严厉的否定性评价,但否定性评价并不当然意味着会背离了当事人的预期,实务中存有两种可能:第一,合同无效完全背离了当事人的初衷,当事人拟达到的目

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第152页。

的因合同效力被否定而无法实现;第二,合同无效并不背离当事人的初衷,或不影响当事人要达到的合同目的。审查人员应根据具体情况,结合当事人的目的,对合同效力和当事人追求的目的分类评估,并在此基础上判断当事人是否能接受“合同效力被否定”的后果。

例如,《招标投标法》第 4 条规定:“任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他方式规避招标”;第 49 条规定:“违反本法规定,必须进行招标的项目而不招标的,将必须进行招标的项目化整为零或者以其他方式规避招标的,责令限期改正,可以处项目合同金额千分之五以上千分之十以下的罚款;对全部或者部分使用国有资金的项目,可以暂停项目执行或者暂停资金拨付;对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”。《最高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 1 条规定:“建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定,认定无效:……(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”该《解释》第 2 条规定:“建设工程施工合同无效,但建设工程经竣工验收合格,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持。”

从上面的法律规定和司法解释可以看出,法律对应招标而未招标所签订的施工合同给出了否定性评价,即认定该类合同“无效”。站在不同的立场,否定性评价与当事人预期的效果具有一致性,但并非完全一致。对项目业主而言,一般情况下,合同无效并非是其追求的结果,毕竟这牵涉到企业的经济责任和相关责任人员的个人责任,但站在施工方的角度看,法律的否定性评价对其并无实质性影响,其应该获得的工程款照样可按已签订的施工合同计算,在赚取施工利润时却省略了投标带来的麻烦。换个角度观察,否定性评价也并非就必然背离项目方的初衷。在我国,行政干预并非仅表现为行政权对私法的干预,领导者的个人意志、个人好恶往往会遁入行政管理之中。此时,“长官意志”会堂而皇之地以“行政管理”的方式呈现出来,致命的是“长官意志”并非总能顾及法律规定。实务中,我们常会遇到一些“时间紧,任务重”的工程,有些工程已没有了招投标时间,甚至有些项目已经开工,但按照法律规定推断,此时的项目都还不到确定施工单位的时间,但事实却并非如此。那些负责经办的下级人员,有部分人存

在"宁愿违法也不得罪上司"的观念,一切唯领导马首是瞻。因此,有些未招投标的项目,即使法律会做出否定性评价,但这并不背离项目业主的初衷。

毋庸置疑,风险点关系到法律对合同效力的评价,而合同是否有效关系到当事人的预期。审查人员在审查合同时应该认识到他们之间的关系和相互的影响,但不可忽略的是,合同是否有效是法律对合同效力作出的评价,而预期效果能否实现是当事人对自己实施行为所产生后果的评价,在当事人的心目中,预期效果能否实现的评价地位高于法律作出的评价。当事人的行为如能达到预期的效果,且合同有效是最理想状态,即使合同效力存在问题,甚至会被认定为无效,但只要能达到预期的效果,合同是否有效在当事人看来已无关紧要。

2. 法律评价的风险与审查人员的思维

合同的本质是一种交易关系,是当事人围绕着"预设的"、"期待的"利益来规划自己和相对方拟实施的行为。当事人之所以委托审查人员审查合同,其目的是排除影响实现"预设期待利益"的风险,确保交易的顺利进行。毫无疑问,法律的否定性评价的风险会影响交易的顺利进行,会影响当事人"预设期待利益"的实现,但这种影响并不是完全的、绝对的,也就是说,法律的否定性评价并非总是会阻碍当事人实现"预设期待利益"。因此,审查人员应正视并可提示那些影响合同效力的风险点,但不能轻易地以"法律规定的名义"否定一份在效力上确实存在问题的合同。如合同效力存有问题,但其能满足当事人期待的法律后果,且由此带来的风险在当事人可接受的范围内,则可以忽视"合同效力"的问题。故而,对效力存在问题的合同,审查人员应摒弃简单粗暴地否定合同的应有价值的思维,而是应结合实际情况,从利于实现当事人目的的立场出发,评估法律的否定性评价对实现当事人预期效果的影响和由此带来的其他风险,如刑事、行政责任风险,并在此基础上,综合判断由此产生的法律后果是否在当事人可接受、可承担的范围之内。

合同在可能面临法律否定性评价时,审查人员判断其是否可以实现当事人预设期待利益时,应关注法律的否定性评价是否会产生溢出效应,是否会引发系统性风险。从具体的合同观察角度,法律对合同效力的否定性评价也许并不影响当事人实现期待利益,但在当事人的经济链条中,合同

行为往往不是孤立的行为,当事人的经济行为除接受法律评价之外,还要接受来自其他方面的评价。合同行为与当事人上下游经济行为之间的关系以及其不得不接受的其他评价都会促使其不得不顾及法律之外的评价。

[**案例3-1**]某施工单位承接了一国有企业的线路迁改工程,按照法律规定,项目业主应该通过招投标确定施工单位,但由于项目工期紧,业主直接委托施工单位施工,签订了《某线路迁改施工合同》。在例行的审计中,上级单位派驻的审计人员就项目未采用招标方式确定施工单位提出质疑,并提出处理意见。既然行为已违反法律规定,总要有人付出代价,业主单位的责任人员被追究管理责任,而施工单位被列入黑名单,在一年内禁止其承接系统内的施工项目。

在案例3-1中,仅就《某线路迁改施工合同》来看,施工单位赚取预设期待的施工利润的目的已经达到,但在一定期间内被禁入系统,却存在让其永远丧失合作的机会,因市场营销不进则退,看似剥夺其合作的机会是短暂的,但对商誉影响却是深远的,且因在一年内无法承接类似的工程,人力资源、施工机具的配置等都会发生质的改变。因此,审查人员在判定当事人的合同可能被法律赋予否定性评价时,虽不能简单粗暴地以法律的名义去否定合同的存在价值,但也不能仅局限于眼前与现实的期待利益,而应立足于长远,适当顾及商誉、可能溢出的负面效应与可能违法的系统性风险。

二、风险的分类

风险涉及当事人能否实现合同目的,合同审查的主要功能之一就是识别风险,然后根据实际情况进行合理安排,或者排除风险,或者主动设置风险。对风险进行科学分类,有利于审查人员识别风险。

(一)当事人的风险和经营层的风险

1. 当事人的风险和经营层的风险的内涵

按风险承担的主体不同,合同风险分为当事人的风险和经营层的风险。当事人的风险是指因合同谈判、签订、履行引发的,由当事人承担的风险,风险责任类型包括刑事、行政和民事责任,其中侧重于财产性责任承担;经营层承担的风险是指因合同谈判、签订、履行给当事人的意思机关或

执行机关(统称经营层)带来的风险,风险责任类型包括刑事、行政、民事和党纪政纪责任,其中侧重于人身责任承担。

2. 区分当事人风险和经营层风险在实务中的重要性

(1)有利于明确审查合同的工作范围。合同审查的主要功能之一是为当事人提供专业的法律支持、识别风险、排除风险。那何谓当事人?当事人为企业时,作为资源配置主要因素的经营层本就是当事人的必要及主要构成部分,也就是说,排除当事人的风险当然含有排除经营层风险的内容。当事人的利益和风险与经营层的利益和风险有着一致性,但不可忽略的是,规范当事人行为的规则与规范经营层的规则有着差异性,因此,其面临的风险也有着差异性,而且承担风险的侧重点不同。例如,在经营过程中,经营层为达成交易,或为顺利执行合同违反规定应酬会受到党纪政纪处分,而当事人则没有上述风险;如经营层因重大投资失误,当事人会面临经济利益损失,而经营层可能面临党纪政纪处分,甚至面临牢狱之灾。

当事人与经营层面临风险与可能承担的责任有诸多不同,来源于约束他们的规则不同。风险来源于现实与规则的冲突,当事人实施合同行为时,有的规则仅适用于约束当事人,而有些规则却仅适用于约束经营层,也就是说,“同一样的合同行为”引发的风险不同,承担责任的主体不同。因此,审查人员在审查合同时,除应关注合同给当事人带来的风险外,还应关注给经营层带来的风险,重要的是两者不能有任何偏废。

(2)有利于扩大审查人员的视角。表面上看,合同是基于当事人的意思表示签订,但实质上这都无法脱离经营层的意思,甚至可以说经营层的意思与行为决定了当事人意思与行为。国家为规范当事人的行为制定了各种法律法规。而对于经营层,国家制定的法律法规、公司制度以及规范经营层个人行为的党纪政纪都会对经营层形成约束。正常情况下,经营层在做出决策前无疑会综合评估各种因素,如决策行为是否符合公司管理要求,决策失误会给自己带来什么负面影响、是否会让自己丧失自由,是否会影响到自己的前途。经营层的这些顾虑无可厚非,因只有在排除了经营层的个人风险后,才会排除因合同行为引发的隐性风险,也才谈得上当事人经营行为的成功。

实务中,经营层并非都精通法律,尤其在国有企业,干部采取任命制,

上级机关考察干部是基于其具备的综合管理能力而非专业能力。合同审查是经营者具体行使管理权时赋予审查人员的一项重要职责,是经营管理中不可或缺的重要一环,审查的目的就是管理风险、防范风险。如前文所述,审查人员对风险的管理包括了对经营层所面临风险的管理与防范,甚至从一定意义上讲,审查人员管理风险的首要的目标是防范经营层的风险。既然风险来源于现实与规则的冲突,那在防范经营层面临的风险时就不仅应关注生效的法律法规规定,还要立足于对经营层形成约束的行业管理制度、上级机关的管理制度、当事人的内部管理制度、党纪政纪的要求等。在特定情形,审查人员为分散经营层的风险,还须协助当事人制定或完善内部管理制度,否则,审查人员的工作将会因有所偏颇而造成失误。

(3)有利于增加审查人员与当事人的黏度。好的营销策略是在准确分析客户需求的基础上满足其需求。而在实务中,有些审查人员却背道而驰,热衷于人脉的构建,或利用利益的交换来扩展业务并维持与当事人的黏度。这种做法也许会取得短期效益,在实践中也不乏成功者。但不能忽略的是,单纯地建立在人际关系上的合作是非常脆弱的,人事的变更、环境的变化都会影响到与当事人之间的合作,尤其是试图以利益交换维持客户黏度的做法,对从事法律工作的人员而言无疑是莫大的讽刺,其在维系与当事人黏度的同时,却给自己与经营层埋下了巨大的隐患,其一边在为当事人排除风险,一边又为自己、当事人或经营层制造风险。致命的是,审查人员制造的风险多是侧重于人身责任的风险,轻则违反党纪政纪,重则涉嫌违反刑律,且此类隐患并不会因时间的推移而消亡,其随时有被引爆的可能,而风险一旦被引爆,害人害己的结局肯定与其之前的想法背道而驰。从这个角度观察,此种处置方式无论是对当事人及经营层,还是对审查人员来说都是本末倒置。

实务中,当事人无论是内聘,还是外聘审查人员的目的都是为排除风险。只是,当事人在与审查人员谈判时给出的信息并不对称。其主要表现在,当事人与经营层都有着借助审查人员的工作来排除风险的需求,但当事人的经营层,或谈判人员在与审查人员沟通时,却往往对需排除的经营层风险只字不提,不提的原因无外乎两种:一是经营层虽模糊地意识到自己将要面临的风险,但却因不熟悉规则而不清楚风险的具体来源,导致不

知道该如何提出需求;二是经营层意识到自己面临的风险,但却有所顾虑而刻意隐瞒。在此种状态下,有些审查人员常会就事论事,将风险分析与排除的策略过分集中,或完全集中于具体的项目或合同,而轻视或完全忽略经营层的需求。至此,无论审查人员就具体项目的风险与排除策略论证得多完善,其也因忽略了经营层的需求而导致"瘸腿"。致命的是,信息不对称的状态会一直持续下去,因经营层在审定审查人员的方案时,即使方案中未提及如何防范经营层的风险,在表面上,其也不会单纯地为此指责审查人员的方案不完善,但内心中会形成何种评级则因人而异,然而,这会将审查人员一直蒙在鼓里,让其不明就里。久而久之,审查人员与经营层的距离就越拉越远。因此,审查人员在审查合同时,除应关注合同行为给当事人带来的风险以外,还应分析经营层防范风险的需求,并通过完善决策程序、制定防火墙制度等举措来满足经营层的需求。只有这样,经营层才会感觉到审查人员存在的价值,审查人员与当事人之间的黏度自然也会增加。

(二)绝对风险、相对风险和零风险

1.绝对风险、相对风险和零风险的内涵

按风险能否被排除为标准,可以将风险分为绝对风险、相对风险、零风险。绝对风险是指当然存在的合同风险,其不会因合同模式的变通或时间的流逝而得以修正或消除。绝对风险有当事人面临的绝对风险和经营层面临的绝对风险,实务中可分为三类:第一类是当事人面临绝对风险而经营层没有;第二类是经营层面临绝对风险而当事人没有;第三类是当事人和经营层都面临着绝对风险。

相对风险是指合同签订时,或在履约阶段客观潜在的风险,若当事人控制措施得当,该风险可以被有效防范,始终处于"潜在"状态,或随着合同的顺利履行风险因素消失,或因当事人采取了变通手段而使风险因素消失,但若当事人控制措施失当,或被当事人主动引爆,潜在的风险则成为现实风险。相对风险包括当事人面临的风险和经营层面临的风险。具有相对风险的合同是实务中最常见的一种类型,审查人员对相对风险的控制是否得当关系到合同能否顺利履行和合同目的能否实现,而这取决于审查人员水平的高低。

零风险是指在合同签订与履行过程中不存在任何风险。由于合同行为首先是经济行为,经济行为本身具有的特性决定了合同风险的客观存在,因此,在经营过程中,零风险的合同在实务中并不常见。

2. 实务中区分绝对风险、相对风险和零风险分类的重要性

(1)提高审查效率。合同审查中首先要识别合同的签订是否存在绝对风险,如存在,则应直接建议放弃而不必进入下一环节,例如,企业没有适当的资质履行拟签订的生产、运输、储存爆炸物的合同。该类行为使当事人、经营层都面临着绝对风险,且该风险不会因合同模式的变通或时间的流逝而消除。对零风险的合同,审查人员除考量其背后是否隐藏着其他的因素外,无须浪费太多精力去研讨合同本身的风险。实务中,审查人员审查的合同主要是存在相对风险的合同,本书主要探讨的就是对该类合同的审查。

(2)风险的排除与运用的措施不同。实务中,具体的情况不同,审查人员对相对风险的处置方式应有所不同:第一,对规则给合同各当事人带来的共同风险,或对方为委托方设置的风险,审查人员的策略是排除风险,即通过合同模式设置与调整、合同条款的安排来排除风险,或避免潜在的风险转化为现实风险;第二,如需制约相对方,或有其他诸如迫使相对方妥协等特殊考虑时,审查人员可采取主动设置风险的策略,即通过合理运用规则,在合同条款中,或在实际履行中,主动地、合理地设置障碍以制约相对方;第三,特殊情况下,从策略上考虑可采用主动引爆风险的手段,即将潜在的风险引爆使其转化为现实风险,然后再选择适当的解决方式排除风险,通过“以打促和”的方式实现合同目的或避免合法权益受损。

第二节　识别合同与规则冲突的负面效应及应对

合同是当事人之间意思自治的体现,但调整和规范合同的因素,如社会正义、市场规则、公序良俗、政策环境都注定了意思自治并非是独立王国,合同及当事人势必会受到其他规则的规制。因此,当事人不仅会受到合同约定的限制,也要受到国家强制力的管制。审查人员识别合同条款与

规则之间的冲突,主要是关注规则是否会形成对合同效力的否定性评价和对经营层的负面评价。

一、法律对合同效力的否定性评价及应对

(一)合同无效的法律规定

无效虽然是法律对合同效力最为严厉的否定性评价,但无效并不总是背离当事人的初衷,并不必然导致对经营效果的否定,但即使是这样,审查人员在审查合同时也应尽量避免合同效力出现瑕疵,尽量避免合同无效或部分无效情况的发生。《合同法》第52条规定:"有下列情形之一的,合同无效……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。"《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《合同法司法解释(一)》)第4条规定:"合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。"《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法司法解释(二)》)第14条规定:"合同法第五十二条的'强制性规定',是指效力性强制规定。"

(二)不确定概念与审查人员判断合同效力的难度

1. 具有动态性特征的效力性强制规定与合同效力

认定合同无效的法律依据是一个动态概念,其阶段性内涵及外延的准确界定取决于合同法的理论发展和社会价值取向在审判实务中的变化。我国法律和司法解释没有对"效力性强制规定"作出规定和解释。目前,学界对"强制性规定"的概念、分类、认定标准、性质、适用范围等进行了探讨。从理论上形成的最稳妥的说法,是综合考虑管制的各种因素或所关涉的各种价值。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的知道意见》(2009年)中指出,区分《合同法司法解释(二)》第14条的效力强行法与管理性强行法时,"应当综合法律法规的意旨,权衡相互冲突的权益,诸如权益种类、交易安全以及其所规制的对象等,综合认定强制性规定的类型"。[1]

---

〔1〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第227页。

值得注意的是,无论是“管制的各种因素”还是“所关涉的各种价值”,无论是“综合法律法规的意旨”还是“权衡相互冲突的权益”的表述均是从概念和价值追求层面去区分“效力性强制规定”。由于《合同法》及《合同法司法解释(二)》并没有给出明确的、统一的解释,而合同的签订和履行涉及的法律、行政法规的规定众多,没有必要也无可能对所涉强制性规范进行分类区分,即使审查人员或当事人进行了区分,进入审判阶段也未必会被认可。从这个层面上讲,违反“效力性、强制性”规定导致合同无效的规定本身就是一个动态概念,最终的认定取决于审判机关或仲裁机构。

2. 具有抽象性特征的社会公共利益与合同效力

损害社会共同利益的合同无效,但社会公共利益是一个抽象概念。社会公共利益是以国家制度和国家权力为实现保障的社会秩序,不存在一个具体为社会公共利益的客观存在物。其特征在于内涵的不确定性和赋予解释上的弹性及时代性。

可作出富有弹性的解释源于其内涵的不确定性,虽然从我国诸多法律中,如《宪法》、《物权法》、《合同法》等都有社会公共利益的表述,但对于社会公共利益的判断标准、内涵却没有明确的标准。富有时代性源于社会公共利益本身就是一个政治概念,时代特性是其应有之义。例如,“委托人的调解、和解及终止代理等权利需与事务所协商一致,否则约定以律师代理费额外补偿事务所的损失,便被认为不仅侵犯委托人的诉讼诉讼权利,加重委托人诉讼风险,同时也不利于促进社会和谐,违反社会公共利益,相关合同条款无效”[1],在这里社会公共利益被赋予了“和谐”的时代特征。

虽然,社会公共利益的内涵具有不确定性和时代性,但其却涉及合同效力,因此对可能违反社会利益的合同类型不得不考虑。有学者对损害社会公共利益的合同类型进行了归类论述,在合同审查时可以借鉴。如崔建远教授将损害社会公共利益的合同类型归纳为:侵害基本权利的合同类型、危害国家公序的合同类型、危害家庭关系的合同类型、违反性道德的合同类型、限制经济自由和不正当竞争的合同类型、射幸合同类型、暴力行为类型、违反消费者保护的合同类型等。[2] 虽然,学者们试图通过具体列举

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 175 页。
〔2〕 崔建远:《合同法总论》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 310-328 页。

来填充抽象的社会公共利益的内涵,但有限理性决定了这种列举必然面临无法穷尽的限制,而经济生活的多样性与价值观念负有的时代性,更让这种抽象的概念变得不可捉摸。

3. 地方性法规和部门规章与合同效力

正确认识"确定合同无效不得以地方性法规和行政规章为依据"中的地方性法规和规章,其能否作为判断合同效力的依据,要具体情况具体分析。一般来说,这些规范性文件可作为判断合同是否无效的参考,但裁判机构不得直接援引这些文件为依据判断合同无效。考虑地方性法规、规章能否作为判断无效的参考时,应当注意以下几点:第一,考量地方性法规、规章,是否有上位法存在。如果这些地方性法规、规章是根据上位法制定的,但上位法规定的相对抽象,原则性强,而地方性法规、规章对上位法作出了具体规定,则可以按照上位法确定合同的效力,地方性法规和规章可以作为确认合同效力的参考。第二,如果上位法授权地方或某部门作出解释,而地方性法规、规章是根据授权作出的解释,那么可以认定,地方性法规、规章体现了上位法精神,从而地方性法规、规章也可以作为确认合同效力的依据。第三,如果地方性法规、规章的制定,旨在保护国家和公共利益,而违反地方性法规、规章将损害国家和社会公共利益,可以损害国家和公共利益为由,依据《合同法》有关规定确认合同无效。[1]

显然,让审查人员准确区分上位法与地方性法规、规章之间的关系,并判断地方性法规、规章是对上位法的细化,或让审查人员明晰地方性法规、规章是否是获得了上位法的授权的难度较大。退一步讲,即使上位法有规定,即使审查人员判断地方性法规、规章是对上位法的细化,但一旦进入诉讼或仲裁,审查人员的判断是否正确也有取决于裁判的认定,也就是说,此种情形,审查人员并无绝对的把握确定违反地方性法规、规章的合同是否有效。这显然背离了当事人对审查人员的期望。

(三)审查人员的思维与应对策略

对"效力性强制性"和"管理性强制性"规定的区分并无法律层面上的既定标准,即使是最高院的司法解释也难免有前后矛盾的境地;"社会公共

---

〔1〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 628-629 页。

利益”的内涵不能确定且处于不断的变迁之中,但这些都事关合同效力,关系到交易秩序和交易安全。认定合同效力的权力在裁判机关,而裁判机关事前同样没有既定的、可直接套用的规则,因此,对此类合同效力的认定更多是取决于裁判者的自由裁量。审查人员在审查涉及诸如此类的合同时会陷入两难,不关注那些影响合同效力的因素不行,但关注却又难以准确地把握标准。因此,对该类复杂问题,只能在方法上简单化处理。

1. 以静制动——将因违法无效予以类型化

(1)违反私法的强制性规定,如《合同法》第 53 条、第 200 条、第 272 条、第 314 条、第 343 条。

(2)违反公法中的强制性规定,公法规范多为强制性规定,当事人的约定如果违反这些规定,很可能会被认定无效。择其要点而言,如果当事人的合同中有的条款限制了《宪法》第二章规定的公民的基本权利,则应当认定为无效。如果当事人缔结的合同是要从事犯罪活动,则当然无效,这是各国通例。还有违反经济行政法的强制性规定,如金融法、税法、竞争法等。[1]

(3)最高人民法院的司法解释和对审判具有实质影响的文件。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第 5 条规定:“最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力。”第 6 条规定:“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘批复’和‘决定’四种。”司法解释具有普遍的司法效力,合同审查人员在审查合同时无须对其提出任何置疑,只要遵守即可。

但需引起重视的是,在实务中还存在一些并非司法解释的解释,如最高人民法院的指导意见和指导性案例。理论上,这些并不属于司法解释范畴,不具备司法解释的效力,但无论是指导意见,还是指导性案例都是各级法院裁判的参考依据,从实质上看,其效力并不亚于司法解释的效力。既然这些是法院裁判的依据,审查人员当然可以将其作为审查合同的标准。

(4)至于合同违反地方性法规和规章的,除关注其与上位法的关系及是否侵犯了社会公共利益外,还需关注两点:第一,违反地方性法规、规章是否会带来诸如罚款、勒令停业等处罚,这种处罚对当事人会造成什么影

[1] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 178 - 180 页。

响,是否会导致偏离或完全背离当事人的目的;第二,违反地方性法规、规章是否会对合同履行造成障碍。合同签订的目的并非为了生效,而是为了履行,如违反地方性法规、规章,造成合同履行障碍,或由于政府不批准、不备案、不办手续造成合同根本无法执行时,讨论合同是否有效的意义将大打折扣。

2. 以动制动——变更合同行为性质转换适用法律

无效合同的本质在于合同行为的违法性。一种行为是否具有违法性,首先要判断"行为"的类别,然后对号入座,确定应适用的法律,再根据法律规定评价行为的性质是否具有违法性。因此,考量某种行为是否具有违法性,前提是正确区分行为的性质,行为性质不同,适用的法律当然不同。如租赁合同中的合同行为显然不能适用关于买卖合同的法律规定。"以动制动"的精髓在于"变通",变通的方式包括:行为性质的变通和量的变通。"行为性质"变通的目的是变换适用法律,如土地使用权转让的行为,应适用《城市房地产管理法》中关于项目的转让的规定,但如果将行为性质变成通过股权买卖,达到控制土地使用权的最终效果,则股权买卖的行为适用的法律显然已不是《城市房地产管理法》,该法律中关于项目转让管制的规定,对股权买卖失去意义;"量的变通"是指我国法律对某些特定行业中的主体资格进行了量上的限制,如房地产公司的资质存在等级划分,资质等级不同,对应的开发量有严格要求。对于此类合同,可根据客观情况,探讨能否对"量"进行变通。

审查人员在审查合同时,如某类行为涉嫌违反法律规定,应研讨该行为的性质是否存在变通的可能,即将甲类型转换为乙类型,如能转换,需进一步探讨转换后是否能避开法律的强制性规定,如能避开,则可通过合同模式的设计,规避法律的强制性规定,最终消除合同无效的风险。但在转换行为性质时应注意转换后的行为性质不能落入"以合法形式掩盖非法目的"的境地,因以合法形式掩盖非法目的一样是《合同法》规定合同无效的原因之一,如审查人员实施的行为性质转换的最终结果还是无效,那转换就毫无意义可言。至于"量"的转变可视为一个数学的计算问题,如二级房地产资质的房地产开发企业,在面对一个超越了开发规模限制的项目时,手续上的分期开发可变相地缩减开发规模,但却不影响最终的效果。只

是,并非是所有的“量”都能被任意的缩减,或变相缩减来规避强制性法律的规定,如关于招投标的规定、关于转包的规定都对通过分解来试图规避法律作出了规定。

二、规则对经营层的负面评价与审查人员的思维及应对策略

(一)经营层面临风险的特点

1. 相对不匹配性——利益与风险的不对等

相对不匹配性,是指经营层在开展经营活动中承担的风险与自身所获取的收益不对等(公司股东担任经营层的除外)。合同作为经营行为的主要目的是使当事人获取收益,从最终的结果看,合同履行获取的收益归属于当事人,因此,当事人为获取利益必须承担风险。但作为经营层,其面临的风险与收益不具备对等性,经营层虽会因经营行为取得一定经济收入,但其承担的风险多为人身责任风险,而人身责任风险关系到人身自由、职务的变动和社会评价,尤其是上级机关的评价,抛开经营层应有的奉献精神,其面临的风险与收益并不匹配。

2. 持久的不可逆性——风险一旦背负则无法卸载

当事人面临的有些风险会因合同履行完毕或终止而消失,但经营层面临的有些风险,尤其是刑事责任风险或党纪政纪风险却不会随时间的推移而消失。例如,某企业为了获取交易机会,经营层决定给交易对手以一定数额的金钱作为回扣。回扣的来源和给回扣的行为都是违反法律规定和财经纪律的。回扣只能来源于账外账,俗称的“小金库”,建立小金库的行为本身就违反财经纪律,许多企业规定,对于设立小金库的经营层必须先免职再查处,此时,经营层面临着党纪政纪的风险责任。如小金库开支不规范,经营层会涉嫌犯罪。至于给回扣的行为更是违法行为,如给出的回扣达到一定金额,还会构成犯罪被追究刑事责任。企业给予交易对手回扣后,如期得到交易机会签订合同,随着合同履行完毕,当事人的关于合同履行的风险消失,但企业和经营层因违法被追究责任的风险并不会因合同履行完毕而消失,且该风险没有办法弥补也不能逆转。

3. 风险被引爆的不可控性——无法预知掘墓人

还以商业贿赂为例,经营层的风险并非都处于自己的可控范围之内。

经营层决策同意或默许给交易对手回扣是典型的企业行为,经营层难辞其咎,不过此种情况,经营层自己可自行控制风险,即以不使用回扣的方式换取交易机会。但在经济实践中,经营层面临的风险有时连自己都可能无从知晓,更谈不上控制风险。例如,在竞争领域的普通产品销售,销售人员的销售业绩往往与工资奖金等效益挂钩。销售人员为完成销售,有时会给交易对手回扣而换取交易机会,商业贿赂的风险由此产生。严格地讲,销售人员给交易对手回扣应属于其个人行为,但如果销售人员通过在企业财务报销的方式获取资金用于违法行为,则很难区分销售人员的行为是个人行为还是公司行为。如被认定为公司行为,经营层难逃干系,而作为经营层,其只有在风险被引爆后才知道风险来自何方。

4. 处理结果的彻底性——一旦倒下将永无翻身之日

经营层承担风险的方式主要以人身责任风险为主,刑事责任剥夺的是经营层的人身自由,行政和党纪政纪责任主要影响职务变动。如商业贿赂的金额一旦达到刑事立案标准,经营层将被追究刑事责任,其不但会丧失人身自由,还会因受到刑事处罚被单位开除公职,开除党籍。如向交易对手贿赂的金额达不到刑事立案标准,经营层一样会面临因违法并违反党纪政纪而被追究责任的风险。党纪政纪处分的结果大多会影响到经营层的职务,重则被免职、降职,轻者影响升迁、调动。[1] 从这个意义上讲,企业面临的风险如成为现实风险,其在承担经济责任后还有东山再起的可能,但经营层面临的风险一旦成为现实风险,影响则是终身的、彻底的。

5. 约束规则的多样性与高标准——款式多样的"紧箍咒"

约束经营层的规则除去广义上的法律制度外,还有企业的管理制度,如属特殊身份,还包括党纪政纪的规范和纪律要求,甚至道德要求。从对国家大政方针的理解,到企业决策,甚至到个人言行,经营层都受到严格的约束。法律与道德同时规制着经营层的做事标准与做人标准,最为关键的是,这些都对经营层的社会评价产生影响。在经营过程中,签订和履行合同既然是经营活动,那盈利和亏损则都是选项。盈利固然好,但即使是正常的商业风险所致的亏损,也可能让经营层面临被追究责任的风险,因此,

---

〔1〕 任明:《企业合同风险管理研究》,天津大学2006年博士学位论文,第87-88页。

在一定意义上,经营层只能赢不能输,但即使是赢也可能被追究责任。例如,因"一言堂"而被追究责任的经营层。从结果上看,"一言堂"并不总是会导致企业决策失误,甚至有些时候,一言堂还被标榜成有魄力、有担当的表现。但从制度上看,一言堂本身的性质是对民主决策制度的践踏,其与最终效果即企业是否盈利、是否发展并无直接联系,如果非要找出区别的话,那就是在"量"上有所差异,即一言堂如未造成损失,处理的结果可能相对轻松,反之则相反。

(二)被动型和主动型规则与经营层的心理感知

1. 被动型规则和主动型规则的内涵

既然风险来源于现实与规则的冲突,那审查人员在设置或排除风险时不得不考虑规则。根据规则制定的主体不同,可将规则分为被动型规则与主动型规则。被动型规则是指权力机关制定,参与经营活动的民事主体都必须遵守的规则,包括法律、行政法规、部门规章、行业规则、主管机关的行政命令等所有旨在规范民事主体活动的规则。主动型规则,又称"防火墙式"规则,是指在被动型规则的框架内,企业根据具体情况,主动创设的规则。广义上的"防火墙式"规则包括稳定性规则和临时性规则,前者如企业规章制度,后者如合同模式的设计、合同条款的安排等。

对经营层而言,被动型规则和主动型规则的联系和区别在于:被动型规则是其他权力机关制定的,且必须要遵守的规则;被动型规则具有普遍适用性,但缺乏针对性;被动型规则制定的出发点是规范行为人的行为,其作用是规范、指导和震慑。主动型规则是经营层根据自身情况自行制定的规则;主动型规则不能脱离被动型规则的框架,其是根据企业自身情况量身定制,是对被动型规则的细化、解释和补充,具有较强的针对性;主动性规则制定的出发点是通过规范而降低、分散风险来保护经营层。

2. 经营层对规则感知的类型与心理状态

(1)"无知者无畏、无畏更加无知"的随心所欲型。该类型的经营层不了解规则,不畏惧规则,在经营过程中一味猛打猛冲,只顾利益而不顾忌规则。该类人员因无视违反规则的法律后果,看起来心理压力很小,但面临的风险却极大。

(2)"明知山有虎,偏向虎山行"的投机型。该类型的经营层在一定程

度上了解规则,但对规则却漠然视之。这种经营者对规则有着清楚的认识,了解违反规则后的法律后果,但是在利益面前,心存侥幸,投机取巧。

(3)“艺高人胆大”的大内高手型。该类型的经营层熟悉规则,知道违反规则的法律后果,但却不因此而畏手畏脚,其善于从正反两个方面利用规则。在利益面前,其可游走在规则的边缘,却不会碰高压线。该类型的经营层对事物的判断具有一定前瞻性,能恰到好处地把握风险和利益的关系。

(4)“前怕狼后怕虎”的畏首畏尾型。该类型的经营层了解规则,知道行为的法律后果,但由于对负面性的法律后果过分看重,导致在经营中畏首畏尾,患得患失,缺少冒险精神。

(三)制定“防火墙式”规则的思维及配套文件的设计

1. 制定“防火墙式”规则的思维

审查人员对规则类型和对经营层类型认识的目的是在设置“防火墙式”规则时做到有的放矢。“防火墙式”规则的建立首先应转变两个观念:第一,规则设定目的是分散风险保护经营层,而绝非给经营层套上“紧箍咒”,转变此观念的目的是解决制定“防火墙式”规则的必要性问题;第二,不应将制定的规则当成摆设,当事人制定规则的目的是防范风险,并非单纯地为规范而规范,为制定而制定,此观念转变的目的是为解决规则制定后的使用问题。

2. 清晰责任界面的规则与配套文件

责任界面清晰不仅意味着工作范围清晰,还包含了权利、义务和责任的清晰,避免见到荣誉一哄而上,而在涉及责任承担时却唯恐避之不及的现象发生。责任界面的设计应具体结合企业的现状和经营的构成,不同的企业应制定不同的规则。制定“防火墙式”规则首先应分析经营层面临的风险来源和主要表现形式,然后准确界定几个界面:第一,当事人与上级管理机构的权力、责任界面;第二,经营层的权力、责任界面;第三,经营层每个成员的权力、责任界面;第四,企业员工的权利、责任界面;第五,公司行为与个人行为的界面。

责任界面清晰后应通过制定配套规则予以体现。配套规则主要包括报告制度、集体决策规则及极具个案性的配套性文件。规范运作的企业都应具备集体决策的制度,集体决策制度不仅是为体现决策的民主性和科学

性,其本身也是分担决策风险和责任的制度。但需注意的是,在一些大型企业集团,下属企业类型复杂,例如,有些大的企业集团的控制单位有工程施工公司、设计公司、产品制造公司、房地产开发公司等,这些公司在市场中的所处的地位不同、经营方式不同、风险来源不同。一般而言,集体决策制度由上级单位制定,下属单位遵照执行,但鉴于上级单位在制定规则时需顾及普遍因素,对下属公司的具体情况,尤其是特有的情况很难做到面面俱到,由此造成制度的适用性较差。因此,集体决策的制度应落实到参与市场的每一个单元,只有这样,规则才有针对性,对经营层的保护才能落到实处。

配套文件的作用主要是记录集体决策的完整过程。集体决策并非是经营层坐在一起或通过其他方式,各自发表意见后形成一致意见。如不能完整记录集体决策的过程,随时间推移,一旦决策发生问题,除主要领导外,其他参与决策的人员有着推诿的动机和借口。为防止把主要领导推到风口浪尖,集体决策的完整过程应该通过配套文件记录,如决策项目的来源、相关部门的可行性论证、分管领导及相关部门的意见及经营层的意见都应书面记录并作为档案保存。

3. 风险分散规则的制定与配套文件

经营中风险是无法杜绝的,但在总结风险发生规律的基础上,可以通过适当的制度设计,将风险予以分散。分散风险的目的不是推诿责任,而是从制度层面建立一套避免系统风险发生的规则。假如一个销售企业有50个销售人员,销售人员在外的销售行为都是职务行为。此时如没有合理风险分散机制,销售人员的个人行为与职务行为很难界定,对企业和经营层而言,50个销售人员就是50枚定时炸弹,一旦销售人员的销售措施不当,比如使用了商业贿赂的手段取得交易机会,或意图占领一定的市场份额,风险由此产生。日积月累,风险越来越大,一旦任何一个销售人员的行为被查实,企业和经营层都会面临灭顶之灾,系统风险无可规避。因此,审查人员应在分析个人风险与系统风险的基础上,制定“防火墙式”规则,将个人行为与企业行为、个人行为与经营层行为进行隔离,避免发生系统性风险。这些规则主要包括销售管理、成本管理、财务管理和授权管理制度。

例如,对于销售企业,在利益至上的大环境下,有些企业和销售人员为

实现销售,不惜采用商业贿赂的手段换取交易机会。商业贿赂是一种违法行为,严重的会构成犯罪。商业贿赂犯罪的主体包括法人和自然人,如法人构成犯罪,经营层被追责是大概率事件,即使不构成犯罪,经营层因“违法”或“违纪”被追责的可能性依然存在。设置“防火墙式”规则是降低经营层面临的商业贿赂风险的一种有效措施。建立有效的销售体系规则,在测算销售成本时综合考虑营销费用、销售人员的收益、企业收益和税收,通过制度的形式,将营销费用与销售人员的收益合并作为销售奖励发放给营销人员。销售人员领取销售奖励后,如何支配是其自己的行为,严格地讲与企业无关,与经营层无关,即使销售人员将自己的销售奖励用于非法用途,也不会给企业或经营层带来致命性的影响。因此,合理的销售制度会在员工个人与经营层之间,员工个人与企业之间设置了一道“防火墙”,即使一个具体的点出现问题也不会向其他环节溢出而形成系统风险。

当然,在制定销售体系制度的时候当然应考虑税收因素,因此需完善配套制度,如项目成本管理制度、财务报销制度。项目管理制度是从制度的层面明确销售人员发生的哪些费用可以进入成本,可以报销,避免企业员工滥用发票冲抵成本而引起税务风险,这样既可以让销售人员通过费用冲抵成本合理规避部分税收,也不至于引发新的风险;财务报销制度,主要关注销售人员获取报酬的时间、程序和条件。

4. 临时性“防火墙式”规则与配套文件

规则的制定永远存在滞后性,因为经济因素不但是活跃因素而且更新十分快捷,即使企业根据自身现状量身定制的“防火墙式”规则亦不能涵盖所有经营活动。新的经济因素、新的商业模式和偶发性的事件会让新的风险随时降临,因此,临时性“防火墙式”规则的制定尤显重要。临时性“防火墙式”规则犹如“打地鼠”游戏中的橡胶锤,风险还未冒头就要用力敲击。不过审查人员应意识到消灭风险应使用综合手段,不能有仅凭一把“橡胶锤”就能高枕无忧的观念。

[案例3-2]甲公司系一家大型国有企业,在某市有一个大型基建项目需要实施。乙公司系一家国有大型施工企业,具有较强的组织施工能力和管理能力,但营销机制相对僵化是其劣势。丙公司系一家民营企业,与甲公司关系良好,施工能力与乙公司相比有一定差距。由于甲公司的工程

量大,乙公司和丙公司都想获得此次交易机会,但双方都没有必胜把握。于是,丙公司主动找到乙公司,表达了合作的想法并提出了初步合作方案。合作方案的要点是:以乙公司的名义参加投标,丙公司协助乙公司中标后,将事先划定的一部分工程交由丙公司单独实施。乙公司考虑到如与丙公司合作能取长补短,便同意了丙公司的建议并交由合同审查人员论证合作方案。审查人员针对项目合作提示了三点风险并提出了解决方案。第一点是乙公司面临利益输送风险。因乙公司为了规范分包,制定了分包管理办法,通过比选的方式确定了合格供方库。丙公司并非合格供方库中的分包商,如乙公司中标甲公司项目后,在未经比选或招标的情况下,交由合格供方库外的单位分包,在分包价格高于普通分包时,涉嫌利益输送;第二点是商业贿赂风险。虽然合作项目是由丙公司协助投标,但毕竟是以乙公司名义投标并签订合同,丙公司派驻协助投标的工作人员是以乙公司的名义对外联络,且乙公司出具了书面委托书。丙公司在协调过程中,如涉嫌商业贿赂,乙公司也难逃干系;第三点是工程非法分包的风险。工程分包有着严格的法律规定,乙公司与甲公司签订的施工合同中也会涉及分包的条件,如乙公司强行分包会面临被追究责任的风险。审查人员针对上述风险提出了建议方案:第一,乙公司召开董事会,由董事会确定是否与丙公司合作,同时,建议在董事会决议中对合作方式予以定性,“如乙公司中标,交由丙公司实施的工程范围是丙公司基于合作应获得的工程范围,其是双方分配合作利益的方式,并非是传统意义上的工程分包。”第二,乙公司与丙公司签订合作备忘,明确双方分工、明确乙公司开具委托函的用途并鲜明地确定营销由丙公司负责,营销费用由丙公司承担。第三,在合作备忘中明确丙公司负责取得甲公司的分包许可,如丙公司无法取得甲方许可,则双方签署劳务分包合同,其承担工程范围内的物资采购,由乙公司委托丙公司实施,但供货厂家、产品质量须经乙公司认可,采购价格由乙公司参考市场价自行确定。最后乙公司采纳了审查人员的建议,乙公司和丙公司都如常所愿,乙公司审查人员设计的临时性“防火墙”在后来的各种、各级的审计检查中,起到了保护经营层的作用。

(四)制定“防火墙式”规则的方式

“防火墙式”规则制定的具体方式为“细化”、“量化”和“简化”。被动

型规则是以单向的规范与追责为主,对经营层来说,如其违反了规则,在使用被动型规则追究其责任时,总会找到相对应的规定,且往往显得绰绰有余,但当想运用规则来保护经营层时,规则的规定却又显得模糊而力不从心。这并非是否认或诋毁规则本身应具有的保护功能,因规则会通过展现不利法律后果来告知行为主体哪些行为是被禁止的,但规则无法全面明确哪些行为是被鼓励的。既然是这样,经营层只有主动创设"防火墙式"规则来弥补这种不利局面。

责任界限模糊有利有弊,所谓"利",是指在出现责任事故后可以相互推诿;所谓"弊",是指"责任总归要找到适当的主体来承担",尤其是企业一把手,或者挂名一把手(如大型企业系统中大量存在担任法定代表人的人员却未实质性地管理企业的情形,但在追究责任时,"未实质性管理"有时却不能成为推诿责任的借口)对那些界限模糊的责任并没有多少推诿的余地。实务中,"不知情领导"承担责任的案例比比皆是。为杜绝上述情况的发生,细化规则是一个不错的选择。所谓"细化",是根据企业具体情况,充分利用法律规定,在规则的框架内,将经营层的权力和责任的内涵进行明确界定,或是将被动型规则遗漏或模糊处理的部分予以补强。细化规则的目的是变相突出规则的保护功能,使经营层只承担其应承担的责任,而其应承担的责任就是在那些被细化的规则中明确界定的责任。不过,在实务中经营层应注意,细化的规则是一把"双刃剑",如经营层在规则细化后却不遵守,那被细化的规则则会更加精准地确定责任主体,而使其丧失推诿的借口。

"量化"是将规则中一些类似于"严重"、"较大"等程度性的模糊性描述予以量化。在法律规定和企业内部规定中会经常看到类似"严重违反"、"较大损失"、"严重后果"等模糊性描述。我们知道严重与否、大与小的确定都是一个相对的概念,例如,对于一个总资产100万元的企业,50万元的损失可能就相当严重,但对一个资产规模上亿元的企业,损失50万元可能是九牛一毛。通常情况下,在追究责任时往往以数量绝对值为依据,此时,如两家企业在履约中都损失了50万元,让一家上亿元规模的经营层和一家只有100万元规模的经营层承担相同的责任看似公平,但实质上却不公平。再如,一家民营企业在履约中发生安全事故而造成人员死亡则更多的

是意味着经济赔偿,经营层更在意的“严重后果”是赔偿的金额,但如是一家国有企业,经营层更在乎的“严重后果”是责任的追究,而非经济赔偿。因此,为避免因规定模糊而带来的责任风险,经营层应在被动型的规则框架内量化相关规定,在增强其操作性的同时,有效规避自己的责任。

“简化”就是梳理原有规则,尤其是行业规则或上级主管机关制定的规则的主要脉络,通过一定的方式将重点、关键点予以简化处理,以便经营层操作,例如采用表格化、图表化的方式替代大量的文字描述。规则不被遵守固然有着行为人主观的因素,但有些规则确实过于复杂而缺乏操作性。了解规则是遵守规则的前提,过于复杂的规则会让经营层望而生畏,遑论遵守。同时,由于规则所应具备的普适性,制定者在制定时只能不遗余力地顾及全面性,但“全面性”的规则由于缺乏针对性,使经营层对规则产生了“形式主义”的印象。既然规则是“形式主义”的规则,那无论是宣讲,还是应用都会流于形式。再者,制定的规则必须严谨,因此,规则的制定者均是各行业、各系统的精英,当他们提交出用“精英的标准”衡量都堪称严谨的规则时,却忘却了执行规则的员工的文化程度千差万别。实践中,一些大型的企业系统,各种各样的管理制度、办法汗牛充栋,但其价值仅体现在给人以规范的感觉,许多经营层对规则的内容却丝毫不知。因此,从操作性的角度出发,审查人员在量身定制“防火墙式”规则时应考量规则使用人员的接受能力和执行能力,以其“可接受”的方式尽量将规则简单化、图表化。

(五)防范与分散经营层风险的策略运用

1. 责任与风险的上交

“上交”是指当事人对涉及的重大事项及时请示上级管理部门,或按规定报请有关部门备案或批准。“上交”同时顾及“国法”与“家规”的要求。“国法”是指法律、法规、规章及地方性规定,“家规”是上级管理机构制定的,或企业自行制定的规章制度。[1] 但在实务中,审查人员需注意两点:首先,由于经营行为的多样性和经营主体的个案性,且无论是国法,还是家规都不可能会事事作出针对性安排,由此造成对“重大事项”内涵的理解不

[1] 游福星:《合同审查的法律视角》,载《中国电力企业管理》2009 年 5 月刊,第 53 页。

同,界面不清。审查人员应协助经营层建立重大事项报告制度,在制度中,对重大事项予以分类表述,即将标准明确的“重大事项”通过列举的方式列明,对不能列举的重大事项予以方向性的概括描述,然后在经营中再针对具体问题具体分析;其次,非根据有明确制度要求的重大事项“上交”如处理不当容易被理解成将矛盾上交,由此,经营层会被认定为不敢担当而获负面评价。因此,为避免出现上述情形,经营层应采用灵活的“上交”形式,如请示、汇报、备案、会议、研讨等,只要有迹可循均无不可。

2. 责任与风险的下移

“下移”是指通过制度设计,将公司和经营层的风险与责任下移至经营层以外的其他管理人员及员工。“下移”实质上是划清公司、管理层与其他员工的责任界面,尤其对那些风险系数高的部门及人员更需划清责任界面,以避免混淆职务行为与个人行为的责任界面。实务中“下移”应注意两点:一是匹配性。当事人内部一般都会根据经营需要划分岗位,并赋予不同的岗位以不同的职责,在岗人员在享受权利的同时只应承担相匹配的风险和责任;二是配套性。严格地讲,岗位职责会明确员工的权利与责任,但其往往不具备区分职务行为与个人行为的功能。实务中,当事人没有单独制定界定员工职务行为与个人行为制度的必要,其只需通过类似调整内部管理结构、利益模式、分配模式等方式植入其他制度中即可。但需注意的是,界定职务行为与个人行为需配套类似报销、成本管理、奖励、激励等制度,并严格按照制度的规定执行,以避免制度规定与实际操作脱节,而无法达到清晰界定责任界面的目的。

3. 责任与风险的平推

“平推”是指通过制度设计,将经营层面临的风险合理分配至经营层中的每一个成员。“平推”实质是在经营层内部界定每个管理成员的责任界面。一般而言,当事人的经营层由多人构成,每个经营层的成员有着不同的分工,不同的分工意味着相应的权力和责任,比如经营层在因决策失误面临责任追究时,清晰的分工利于区分所谓的领导责任。在实务中,审查人员可从两个方面关注“平推”:一是分工的细化程度与授权体系的建立与完善。分工是以权力的下放为标志,风险与责任的平推是隐含在“权力下放”之内的应有之意,且相互匹配。平推是否能取得既定效果有赖于分工

的细致程度与授权体系是否完善。在经营管理过程中,“细致度”应具体情况具体分析。例如,某企业集团有着诸多下属独立法人主体,而在经营层中,每个班子人员都分管一个或多个下属企业,针对此种情况,分工与授权就应细致,其中财务管理、税务管理、安全生产管理、营销管理、人力资源管理等诸项容易引发风险的管理工作都应授权给分管领导。而分管领导往往在集团也因有着自己分内的工作致使无暇顾及分管企业,甚至沦落为挂名的法定代表人或董事长。事实上形成的“挂名”状态,并不会在质上影响分管领导应承担的法律责任。此时,分管领导可将易引发风险点的部分,“细致地”授权给下属企业经营层。上述例子中,强调的是哪些分工应该细致。但同样在该集团公司,集团本部的经营层在分工则无须如此细致。分工可以通过文件的形式确定,但文件往往只解决“定性”的问题,如在文件上确定某某分管哪一部分。“定量”的问题需要授权体系解决,如分管领导可以签署多少金额以内的合同等。二是配套文件的收集与保存。规则的制定只有被遵守才有意义,在风险引发责任追究时,有制度规定固然重要,但更重要的是制度是否被执行,而留存的书面证据是真实记录制度是否被遵照执行的唯一可靠依据。因在涉及责任追究时,趋利避害的倾向会让每个人有意识推诿自己的责任而放大或变相放大他人的责任。如在经营管理中,即使经营层严格按照分工执行,但若没有留存证据,则会给予主要领导以外的其他经营层以推诿的机会。为避免这种现象的出现,在经营管理过程中,应按照制度客观记录整个管理流程。例如,当事人拟与他人合作投资项目,从具体经办部门的论证、分管领导组织相关部门的可行性分析,到办公会,或董事会的讨论,以及合同的签订、执行,都应按制度规定,该由分管领导组织的交分管领导组织,该由分管领导签字的,交由分管领导签字。

4. 责任与风险的外置

“外置”是指通过制度设计,将敏感的、专业的事物交给当事人之外的独立第三方专业机构论证,第三方的论证意见作为经营层的决策依据之一。“外置”的实质是将经营层决策的部分风险分散到诸如会计师事务所、律师事务所等第三方机构来降低经营层的决策风险。实务中,经营层将风险与责任外置时可关注两个问题:一是外置的内容。一般而言,交由第三

方论证的内容是那些敏感的、专业的,且易引发经营层责任的部分,如资产处置与购置中的资产作价、股权的转让与受让的价格确定、重大项目合作方案的论证、项目结算的金额与支付等;二是正确程序的把握。将风险与责任外置给第三方机构时应高度关注相关的程序,主要包括选聘第三方的程序,以及采纳第三方论证意见的程序。例如,选聘第三方的程序。选聘第三方实质上是当事人向第三方购买服务。此时,当事人应根据内部管理制度的规定,确定是采用单一来源、比选,还是招标的方式确定第三方。如采用单一来源应说明理由,并按制度规定批准,或备案;如采用比选,或邀请招标,应明确邀请名单的来源及理由、明确评标的标准、严格按照时间发放比选或招标文件等。

三、合同操作性风险防范的思维与策略

合同的目的需通过合同的顺利履行实现,合同能够履行的最低限要求是合同条款的设置应具备可履行性,或称操作性,但合同如仅满足了最低限度的要求,当事人实际上是将自己置于了风雨飘摇的境地,随时会发生的争议将会阻却合同的顺利履行而使合同目的的实现处于不确定状态。因此,审查人员对可操作性的认识应从"可以操作"到"可操作好"两个层面考量。

(一)关于合同成立与有效的最低限要求与操作性

1. 缺乏操作性的合同即使成立也无意义

《合同法》从鼓励交易、保证交易秩序和交易安全的角度出发,对有些条款进行了限缩性解释,从对法条和合同条款的解释趋势和裁判实践看,合同处于可成立和不成立之间时认定合同成立。合同效力若存在问题,能认定其有效的就不会对合同效力做出否定性评价。[1] 毋庸置疑,合同是否成立、合同是否有效对当事人意义重大,但事实上,签订的合同并不是为成立而成立,为有效而有效,合同成立与有效仅是顺利履行合同的起点而非当事人追求的最终效果。一般而言,合同目的的实现固然与合同是否成立、合同是否有效紧密关联,但依法已成立的、有效的合同并不必然能实现

---

〔1〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 179 - 180 页。

合同目的。合同目的实现取决于合同的顺利履行，而合同能否顺利履行则取决于选择的合同模式是否恰当、合同条款的设置是否具备操作性等。

例如，买卖合同，在实务中，由于当事人的认识水平千差万别，导致约定的合同条款五花八门。买卖合同的要素或者必备条款到底应该由哪些构成？合同缺少哪些条款会导致合同不成立？《合同法司法解释(二)》第1条第1款规定："当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。"显然，从司法解释的规定理解，如合同缺失对价条款并不影响合同的成立，同时，该条第2款又规定："对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定予以确定。"针对价款约定不明的情况，《合同法》第62条第2款规定："价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。"上述规定仅是从法律层面上界定了合同是否成立的最低标准，是合同一方主体诉至法院或提交仲裁后，裁判机构确定合同是否成立的裁判标准。但确定的"最低标准"和"裁判标准"都无法解决合同的"操作标准"问题。一份合同即使从法律规定和司法解释的规定倒推能满足合同成立的最低标准，但若疏漏了重要条款，势必会引起多样性的解释。当事人的立场不同，解释的角度和方法不同，得出的结论自然不同。这样，争议的发生就在所难免。当争议不能自行解决时，诉至法院或提交仲裁就成为当事人的最后选择。裁判机构受理当事人纠纷后，在有相对明确的标准时，即有政府指导价或市场价时会参考相对明确的标准；在没有明确标准时，会依据诚信原则、公平原则结合交易目的、交易习惯等抽象的概念来认定案件事实。裁判机构在受理纠纷后并没有选择余地，其必须要在规定的时间内拿出裁判结果。"最低标准"和"裁判标准"是裁判机构审理纠纷的"操作标准"，但在主要条款如对价条款缺失时该"操作标准"只能借助裁判者的主观判断才能完成。而客观上，裁判者形成的判断是否符合当事人的目的，并不在其考虑范围之内，尽管裁判者总是以"探求当事人真实意思"为借口。由此可以看出，合同未成立可能使当事人的合同目的落空，但成立的合同也并不一定能实现当事人的合同目的。

2. 缺乏操作性的合同即使有效也无济于事

合同无效可能使当事人的合同目的落空(实践中无效的合同并不一定会使合同目的落空),但有效的合同也不一定能实现当事人的目的。例如,无权处分,《合同法》第 132 条第 1 款规定:“出卖的标的物,应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”第 51 条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 3 条第 1 款规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。”《物权法》第 106 条规定:“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:(一)受让人受让该不动产或者动产是善意的;(二)以合理价格转让;(三)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。”一般而言,买受方与出卖方签订买卖合同的目的是获取标的物的权属,而不是单纯地追求一份有效合同的签订。从上述法律规定和最高人民法院的司法解释可以看出,出卖人无处分权虽不影响买卖合同的效力,但无处分权行为本身处于效力待定的状态,标的物的权属是否能变更也处于待定状态,在权利人追认或者无权处分人取得处分权后,发生权利变动的结果;在权利人不予追认或者无权处分人不能取得处分权情况下,不发生权利变动的结果,无权处分人要承担违约责任。[1]在买受方善意的情况下,也能发生权利变动的结果。站在买受方的角度,在出卖人无权处分时,买受方欲取得标的物的权属,要么寄希望权利人追认或者出卖人在合同签订后取得权利;要么就要承担自己是善意取得的举证责任。如果上述两种方式都无法满足,买受方只能追究出卖人的违约责任,这显然背离了其与出卖人签订买卖合同的初衷。因此,审查人员审定合同时应从合同目的出发,着眼于合同的操作性,而不应仅仅拘泥于《合同法》或司法解释的规定去判断签订的合同是否具备成立要件或是否有效,因对当事人而言,即使是依法成立且有效的合同,在缺乏操作性时对当事

---

〔1〕 韩世远:《无权处分与合同效力》,载《人民法院报》1999 年 11 月 23 日第 3 版。

人也毫无意义。

（二）影响操作性的法律之外的因素

合同是否成立、合同效力如何及合同履行是否符合法律规定对合同是否具备操作性具有重要的影响，但影响合同操作性的因素并非只限于法律，还包括商业环境、行政管制、市场变化、当事人变化等各种因素，审查人员在考量合同操作性的时候不应局限于法律的规定，否则可能会使当事人陷入被动。

[案例3-3] 甲公司系一家大型民营企业，为了取得某证券公司的控制权，决定受让证券公司部分股东的股份。在讨论收购方案时，公司主要负责人提出举全公司和关联公司之力，筹措资金支付股权转让的对价，在取得证券公司控制权后，将在证券公司的股权质押，向银行贷款，归还所占用的关联公司的资金。

其实在资本运作层面，“三个瓶子两个盖”的现象十分普遍。资金的腾挪、拆借非常正常，但资本腾挪的关键在于：在企业需要资金的时候，尤其在资金使用牵涉到公司信用时，一定要挪得动，否则会因为“一个瓶子盖不上”而导致全面崩盘。从经营角度看，甲公司负责人提出的方案利于公司的扩张，但关键在于，如证券公司的股权转让没有在甲公司期待的时间得到证监会的批准，就无法办理股权质押取得银行贷款，甲公司及关联公司的资金无法归还，会导致银行贷款逾期。合同审查人员综合当时环境分析认为，近年来，由于民营资本控股证券公司后，在内控方面屡屡爆出风险，证监会对于能否批准及会在多长时间批准甲公司受让其他股东的股权存在较大的不确定性，且该不确定性不会因甲方努力而改变。因此建议公司充分评估抵抗资金短缺能力的风险，然后在科学评估的基础上决策是否进行收购。甲公司论证后，与证券公司股东签署了股权转让合同，支付了股权转让价款，但甲公司的收购行为在文件上报后，迟迟没有得到证监会的批准，甲公司无法通过质押自己在证券公司的股权取得银行贷款。最后，甲公司由于出现银行贷款逾期被起诉，接下来一连串的连锁反应使甲公司陷入万劫不复的境地。

在案例3-3中，甲公司和证券公司其他的股东签署《股权转让合同》从合同成立上没有任何瑕疵，报证监会批准也是履行正常程序，但鉴于当

时民营控股证券公司频频出现的状况，政策的不确定性影响了甲公司的计划，使甲公司的方案在整体上缺失了操作性，最后造成被动。审查人员在审查合同操作性的时候应关注法律规定但又不能单纯地拘泥于法律规定，尤其在涉及行政审批、许可，企业融资计划、商业模式设计且方案是否具备操作性牵涉企业生死存亡时，审查人员除考量法律规定外，还应从企业面临的风险角度，对国家政策、商业背景等做出综合分析，以供决策层判断。

第四章

合同审查的视角（下）——争议预防的视角

第一节　静态观察止争的时间边界与合同条款设置

一、止争的内涵与审查人员思维

（一）定分止争的内涵

“定分止争”典故出自《管子·七臣七主》：“法者所以兴功惧暴也，律者所以定分止争也。”“定分”系确定名分，“止争”系止息纷争。体现到合同领域，“定分”是全面、明确地划清当事人之间的权利义务界限。“定分”的功能包括积极功能和消极功能，积极功能是明确参与主体的权属，且在权属清晰的前提下交易，最终通过交易实现当事人的目的；消极功能是止争，定分是止争的前提和基础。“止争”中的“止”包括两层含义：一是“防止”；二是“停止”，因此，“止争”的本意含有平息已发生的纷争和预防可能发生的纷争。

（二）合同领域止争的最佳诠释——不想争与不敢争

合同审查的主要目的是排除风险，预防争议。实务中应从两个层面来认识“预防争议”的内涵：一是“不想争执”；二是“不敢争执”。不想争执是相对方内心里不愿意与委托方发生争执而自然达到预防争议的目的，即通过合同的审查不给相对方发生争执的机会，让其从心理上放弃争议念头；不敢争执是从明示不利结果承担的角度预防争议发生，即通过合同审查，使相对方意

识到如违反合同约定,将承担严重不利的法律后果因而不敢争执。不想争执和不敢争执是从正反两个方面预防争议发生,抑制投机主义者的投机行为。

合同审查欲达到“不想争执”和“不敢争执”的目的,首先,要清楚当事人“争”的目的和实质,只有这样才能有针对性地设置止争策略,做到有的放矢;其次,在明晰“争”的目的后,审查人员应清楚有哪些选项可以用来解决争议,尤其要明晰演化成诉讼或仲裁的路径及条件,通过准确评估不同的争议解决选项所带来的不同后果,评估合同各方可能的“妥协度”,引导对方或自行确定具体的、适当的争议解决方式;最后,静态上强化、细化、合理化合同条款的设置,从根本上预防争议发生,动态上采用多种手段和方式及时消弭履约阶段出现的、可能引发争议的因素,避免出现“冰冻三尺”的局面,真正做到不战而屈人之兵。

(三)止争作为优先考量的因素——审查人员的思维与视角

站在当事人的角度看,“止争”仅是其实现合同目的的手段,当事人的终极目的是通过合同履行获取收益,但站在审查人员的角度看,“止争”是其工作的目的,获取履约收益与审查人员并无关联。因定位不同致使他们之间关注的视角与关注的重点自然有所不同,当事人侧重于“定分”,而审查人员侧重的是“止争”[1]。因此,在论述合同审查意义时,本书只有“本末倒置”重点论述“止争”对于审查人员的意义,而明晰审查人员的着力点,有利于其修正自己的定位,也有利于审查人员正确理解自己与当事人之间的思维差异。

二、止争策略制定的时间边界

合同文本是当事人参与经营活动的固化,是当事人行使权利、履行义务的依据,是争议发生后解决纠纷的重要凭证。在合同领域,“预防胜于治疗”,而预防争议应着眼于合同的全过程。以“争议发生”为标志,可将止争的功能划分为两方面:一是预防争议发生的功能;二是解决已发生争议的功能。预防争议发生是合同审查的第一目标,预防功能主要体现在以下三个阶段:一是在合同谈判阶段,当事人通过博弈,明晰相互的权利义务,审查人员协助当事人排除可预测的风险;二是在书面合同的签订阶段,当事

---

〔1〕 当然,单纯地从获取履约利益的结果角度考量“定分”并不全面,因法律的规定、合同的约定都自然含有“定分”的意图,但这并不妨碍审查人员侧重于止争的着眼点

人以书面形式“固化”权利义务，通过在当事人之间创制具有拘束力的规则，避免口说无凭，避免“弱者”受到“强者”的欺凌，增加当事人，尤其是弱势主体的安全感。签订的合同是否完善是预防争议的关键一步，因为合同的权利义务条款和救济板块的设置是否均衡与合理、合同语言的使用是否适当，直接决定着争议发生的概率；三是在合同履行的阶段，“过去的行为包含着对未来的决策”，站在履约阶段观察，过去签订的合同是对现在，或未来交易关系的决策。既然决策会因履约阶段充满变数而表现出不确定性，那“适度保持”与“适度修正”的结合以应对履约阶段出现的变化则成为预防纠纷发生的主要手段。“适度保持”是指当事人在履约阶段，适当采用斗争与妥协的手段保持履约方向不偏离预先设定的轨道。“适度修正”是指在履约阶段，对已经偏离，或即将偏离预定轨道的行为予以纠偏或修正，纠偏的目的是将偏离轨道的行为拉回到既定轨道，修正的目的是在评估新出现的、突发的因素对合同履行影响的基础上，对既定轨道予以适当调整。“适度保持”与“适度修正”是原则性与灵活性的结合，其对合同能否顺利履行，能否实现当事人的目的至关重要，也是“止争”策略中关键的关键。

有效解决已发生的争议也是“止争”的主要功能。实务中，当事人有较多的选择来解决已经发生的争议，如协商解决、和解、调解、提起诉讼或仲裁。和解要求当事人具备可协商的筹码。从“占理”比例来看，即使不能达到势均力敌，即“公说公有理，婆说婆有理”的状态，也不应是“一边倒”，即合同一方当事人处于完全没有道理的状态，否则，除非一方当事人举手投降，基本上就没有协商和解的基础。调解、诉讼或仲裁，都是引入第三方参与纠纷解决的机制。第三方为公平、公正地解决争议，需查清争议发生的事实，查清事实的过程就是从证据出发，探求当事人的真实意图的过程。第三方在探求当事人的真实意图时需结合已经形成的证据，根据诚信原则、交易习惯等推定合同约定条款、合同语言的文义的具体含义，并在此基础上作出判断。

因此，从争议的产生、争议的解决和争议对当事人的影响观察，“止争”贯穿了合同领域的每一个具体阶段，涉及合同中每个具体环节。“止争”是审查人员开展工作的重中之重，也是确保当事人实现合同目的的关键。

三、止争策略的制定之合同条款设置

(一)梳理纠纷发生的脉络寻找止争的空间边界的节点

争议产生的根源之一是合同各方当事人对合同条款的理解出现争议。争议演化成诉讼或仲裁的条件之一是当事人认为诉讼或仲裁的机会成熟,且对案件的结果评估后,认为在可以接受的范围之内。简单的脉络梳理为:歧义(条款约定歧义或条款缺失造成理解差异或其他)—争议出现—机会显现—结果可控—启动诉讼或仲裁。从发展脉络看,如控制合同不出现“歧义”就可避免争议出现,可杜绝争议演化为诉讼或仲裁现象的出现,即控制歧义—避免争议—杜绝机会—不启动诉讼或仲裁。

链条中的“结果可控”应从两个层面考虑:首先,理智的当事人评估后认为如不能承受案件最坏的结果或做不到结果可控会放弃诉讼或仲裁。反之,则会启动诉讼或仲裁。即争议出现—机会显现—结果不可控/可控—不启动诉讼或仲裁/启动诉讼或仲裁;其次,非理性的当事人会漠视评估结果,不论诉讼或仲裁的结果是否可控都会启动诉讼或仲裁,或无视评估结果选择强行违约。即漠视争议是否出现—漠视机会是否显现—无视结果—启动诉讼或仲裁,或强行违约而相对方启动诉讼或仲裁。

(二)合同条款的设置与争议的预防

从上述分析可以看出,消除“歧义”基本能消除争议的发生、避免诉讼或仲裁,也就是说“消除歧义”是预防争议发生的节点,而消除歧义应从合同条款设置开始。但不可忽视的是,消除“歧义”不可能从根本上杜绝诉讼或仲裁,因不理智的当事人有时会无视结果而选择强行违约或强行启动诉讼或仲裁程序。况且,消除“歧义”仅存在于理想状态,实务中极难做到。虽然症结不可能从根本上消除,但这并非是不重视合同条款设置的理由,为尽量达到“止争”目的,合同条款的设置可考虑两方面入手。

1. 合同语言的使用应尽量消除歧义

尽量消除歧义,避免争议的出现,即不让争议有“机会”出现,从心态层面做到“不想争执”。合同审查的目的之一就是自始尽可能消除在履行时发生理解差异。在签约阶段,关注达成交易的大局,从履行角度反向推导合同应具备的条款,结合商业环境和行业惯例预先设定突发因素出

现时的解决方式,合理构建权利义务体系,合理使用合同语言。在履约阶段,随时关注履约进程,关注出现的变化因素并分析其影响,适时适当地调整应对策略,消弭可能出现的争议,确保在正常状态下使纠纷自始不发生。

但实务中要注意两种情形:首先,“不想争执”假定的是“正常状态”场景,其中就假定了当事人会“正常”思考和“冷静”的对待,不会不计后果地实施一些反常的,损人不利己的行为;其次,合同语言的组织难以杜绝对合同条款的理解差异。针对可能的理解差异,除谨慎使用合同语言外,审查人员只有加强履约控制,并加强履约沟通。通过“严重的不利后果”的展示,对不理智的当事人进行震慑和恫吓。

2. 合同条款中加重违约惩罚——杜绝损人不利己的行为

合同中加重违约处罚是欲展示违约的“严重不利结果”来震慑不理智的当事人,力争使其“不敢争执”。加重违约惩罚可让不理智的当事人放弃强行违约或无理取闹的幻想。违约的动力与履约的动力都源于利益[1],合同签订后,如合同一方当事人评估违约的结果能得到比正常履约更高的收益(机会成本的丧失有时被视为与利益丧失相同),或选择违约,损失反而相对较小时(如履约在经济利益上变得不划算时),就会给当事人以强行违约的利益动力。审查人员设置的救济板块应做到杜绝“违约相对获利”现象的出现。针对合同履行中可能出现的违约节点,在法律允许的框架内设置违约条款,尤其是惩罚性违约条款,使合同一方当事人不敢轻易违约,从根本上预防强行违约现象的出现。

[案例4-1]某国内房地产公司,在缅甸仰光开发了一个住宅项目,开盘后,以美元计价对外销售,客户可以选择一次性付款,或分期付款。对于分期付款的客户,合同条款约定了严格的违约责任:“买方应严格按照合同约定的时间及时、足额支付购房款项,如逾期,除应立即支付外,每逾期一天,按应交款项的万分之八支付违约金,如逾期超过三期(含三期),卖方有权解除合同,卖方之前所缴纳的所有款项均不予退还。”该楼盘销售后,缅元对美元大幅贬值且一直持续,购房客户一般是用缅元换取美元后支付分

---

〔1〕 张剑飞、李胜春:《合同审查之违约责任条款》,载《法制与社会》2010年11月(上),第272页。

期付款的价金,由于缅元贬值,客户压力增大,但考虑到合同惩罚性违约条款设置严格,至今没有客户选择违约。[1]

第二节　动态观察止争的策略制定

一、争议的源泉与争议的实质与假象

(一)动态的变化与争议的成因及应对策略

利益是合同的起点,也是合同的终点,争议源于当事人之间的权益冲突。所谓权益冲突,是指当事人签约时预期的收益在履行阶段因情势的变化而处于不正常状态。实务中,诉讼或仲裁的成因多种多样,一一罗列几无可能,故而仅考察如下类型:

1. 因重要条款缺失引发的争议

合同签订时缺失重要条款,履约阶段当事人对缺失的条款产生理解差异而引发争议。如买卖合同中缺失价款条款,根据《合同法司法解释(二)》第 1 条的规定看,缺失价款条款并不影响合同成立。同时,《合同

[1] 我国《合同法》第 167 条规定:分期付款的买受方未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的,出卖人可以要求买受方支付全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的,可以向买受方要求支付该标的物的使用费。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 38 条规定:合同法第一百六十七条第一款规定的"分期付款",系指买受方将应付的总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。第 39 条规定:分期付款买卖合同约定出卖人在解除合同时可以扣留已领受价金,出卖人扣留的金额超过标的物使用费以及标的物受损赔偿,买受方请求返还超过部分的,人民法院应予支持。当事人对标的物的使用费没有约定的,人民法院可以参照当地同类标的物的租金标准确定。实践中,出卖人有时为了规避本条司法解释的规定,在分期付款买卖合同中直接约定买受方已交付的价款就是标的物使用费或者受损赔偿金,当双方因扣款金额条款发生纠纷时,出卖人就主张买受方已付的金额即是标的物使用费或受损赔偿金。此时,如果法院简单地认定该标的物使用费或受损赔偿金,直接支持出卖人的请求,将可能架空本条司法解释,使得保护买受方利益的目的落空。所以,法院此时首先应向出卖人阐明,让其初步证明标的物的使用费和受损赔偿金额就是买受方支付的价款数额,出卖人初步举证证明后,如果买受方没有提出抗辩,且没有明显不公平,则法院可以对该约定予以认定;如果买受方提出抗辩,则买受方应当举证证明,如果买受方的证据能够证明自己主张,则法院应对上述约定不予认可,即不应当支持出卖人可以直接扣留已领受价款作为标的物使用费和受偿赔偿金。

法》第62条第2款规定:“价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,按照规定履行。”如甲公司和乙公司签订了一份《买卖合同》,合同中没有约定价款,在没有政府指导价的情况下,双方只能依托于“市场价”来确定合同价款。但市场价本身就处于随时变化之中,在市场数据缺乏权威时,甲公司和乙公司肯定会站在自己的立场作出自利的解释,如双方不能相互说服对方,争议则在所难免。

2. 因合同条款能推导出不同的结论而引发争议

合同签订时,由于使用了具有歧义的合同语言,导致能推导出的结论不具有唯一性,且不同的结论对当事人的权益影响不同,在履约阶段各当事人按对自己有利的方式解释而产生争议。

[案例4-2]甲公司在某市有一个铺面出租,乙公司拟承租该铺面用于家具销售,双方经过协商签订《铺面租赁合同》,合同中的租期、租金及支付条款约定:合同约定租期为三年,即从2012年5月1日开始至2015年4月30日止;合同第一年租金壹拾万元,在本合同签订后三日内一次性支付,后两年的租金壹拾贰万元,在第一个租赁年度届满后30日内一次性支付完毕。租赁合同签订后,乙公司按照约定支付了第一年的租金,在第一个租赁年度届满后30日内,乙公司向甲公司支付了壹拾贰万元的租金。甲公司收到乙公司支付的壹拾贰万元的租金后,认为乙公司没有按照合同约定全额支付租金并致函乙公司催促。乙公司回函认为已经按照租赁合同的约定支付完毕,双方发生争议。甲公司认为:按照租赁市场的惯例,租金每年会上浮,所以第一年租金为壹拾万元,“后两年租金壹拾贰万元”是指每年壹拾贰万元,两年共合计为贰拾肆万元;乙公司认为:“后两年租金壹拾贰万元”是指两年的租金总额,而不是每年租金壹拾贰万元,且本市租赁市场的铺面租金着两年来一直处于下滑状态,双方争执不下诉至法院。

在案例4-2中“后两年租金壹拾贰万元”的描述可推导出不同的结论,当事人站在自己的立场,作出自利解释并无可厚非,但因语言歧义造成诉讼,也许并非双方所愿。

3. 履约阶段突发因素的出现而引发争议

履约阶段突发意外,如出现安全生产事故、不稳定因素、政策变化、上级部门的行政命令发生变化等,而合同条款中并未针对突发意外事件设定处置规则或所设定的规则较为模糊而难以适用,在履约基础或环境发生变化时引发争议。

[**案例4-3**]2000年8月8日,辽宁金某房屋开发公司和某某工业大学签署了《某某工业大学学生公寓联建协议》,协议约定了开发的面积、投资金额以及股权比例,并约定工业大学应保证不低于5000人入住率的96%,否则应给与补偿差额;合同约定的合作期限为50年,同时,协议约定如因学生公寓经鉴定不能使用,工业大学停办,由于某种不可抗力原因导致入住率不高,且经审计屋里承担空置部分费用,可以提前终止本协议。在免责条款中约定,如发生双方无过错的不可抗力时,双方免责。2006年,沈阳市某区人民政府决定将工业大学小区所在地的国有土地使用权收回。同时,国家教育部对办学条件予以调整,某区政府异地安置工业大学。2008年开始,工业大学新校区陆续竣工,学生大部分搬迁至新校区。原校区的学生逐年减少,截至2010年,原校区常驻学生已经不足5000人,且还有逐年减少的趋势。2011年11月金某公司以工业大学违反合同约定,没有保证入住率为由,起诉工业大学,要求工业大学支付应承担的学生住宿费用的差额及滞纳金若干元。抛开本案的处理结果,在一个履行长达50年的合同中,工业大学实际上没有就未来市场的急剧变换、政策与法律变换等情势变更事由作出任何规定,而只是简单重复了《合同法》有关不可抗力的规则。若当事人在合同中妥当约定情势变更条款,则能有效化解纠纷,并使当事人在政策变化之后的合同利益更为均衡。[1]

案例4-3中所涉项目的合作时间跨度非常长,按照我国城市及教育发展的现状,在合作期限内,突发因素的出现十分正常,如城市化的发展、旧城改造、教育体制改革、重大人事变化、当事人的变化等都会对联建协议的履行造成实质性冲击。合同审查在设计"止争"策略时应充分考虑这些

---

[1] 李杰、李宗胜主编:《合同之诉——不同视角下合同案例审视》,法律出版社2015年版,第265-282页。

变化对合同履行的影响，并有针对性地设置处理原则和标准，避免在突发因素出现后由于处理标准的缺失而产生争议。

4. 因当事人违约引发争议

合同一方违反合同约定，不履行合同义务或者履行合同义务不符合规定而产生争议。合同的履行应是债务人全面地、适当地履行合同债务，使债权人实现合同债权的给付行为和给付结果的统一。[1] 合同的履行不仅是法律效力的主要内容，而且是整个合同法律制度的核心。作为民法的基本原则，也是合同履行的原则，诚实信用原则当然位列其中。除此之外，还有专门指导合同履行的原则。这种专门指导合同履行的原则应当包括；全面履行原则、亲自履行原则及同时履行原则。[2] 实务中，不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定是争议发生的主要原因之一。造成不履行合同义务或履行义务不符合约定的因素很多，既有客观因素，也有主观因素。不履行合同义务或者履行义务不符合约定的法律后果形态各异，有的可以免责，有的会赋予相对人以相应的抗辩权，还有的会被追究违约责任或赔偿责任。

5. 因合同权利义务失衡引发争议与应对策略

合同条款设置之初，权利义务的分配不合理，致使一方履行合同不能实现预先设定的目的，故而违约发生争议。《合同法》第 3 条规定："合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。"应当注意到，法律地位的平等，只是形式上的平等，是法律推定每个参与缔约的当事人具有平等的地位。至于实际生活中的诸多因素是否影响了实际缔约过程，则没有纳入考虑范围。[3] 当事人的不平等地位是天然形成、客观存在的，造成合同权利义务失衡的原因众多，但合同地位的不平等是最主要的因素。审查人员在审查合同时应正视地位不平等事实的存在，无论委托方处于强势还是弱势，都要注意合同权利义务设置的相对平衡性，避免合同进入履行阶段因利益不平衡而造成不必要的纠纷。

合同实务中，为避免合同权利义务设置失衡，审查人员应关注以下两

---

〔1〕 崔建远：《合同法》，法律出版社 2003 年版，第 89 页。

〔2〕 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年版，第 234 页。

〔3〕 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年版，第 36 页。

方面的问题:

第一,在面对强势的当事人时弱势方应有的态度。在强势的当事人面前,弱势方的态度大抵可以分为两种:①力争保持权利义务的相对平衡,在原则问题不退让的基础上,对非原则问题允许讨价还价,为达成交易能争取就争取,不能争取的做出适当让步;②为达成交易无原则地听从强势方安排,不做丝毫争取。一般而言,第一种当事人的权利意识较强,也意味着规则意识较强,信奉"先说断后不乱"的信条。其在谈判过程中比较重视自己的权利,尤其是核心权利,这势必会增加谈判难度,但这恰恰是规则意识的体现。合同一旦签订,虽然权利设置可能不均衡,但承诺被遵守的可能性依然较大;第二种当事人的心态比较复杂,表面上看起来其完全听从强势方的安排,甚至会毫不含糊地退让,但这往往是一种假象。"利益是合同的起点,也是合同的终点",追求利益是当事人之所以签订合同的根本动因。与第二种当事人合作,开始谈判难度小,但这恰恰是规则意识差的表现,或是其主动采用的一种获取交易机会的策略,无论是规则意识差,抑或是一种策略都会让履约的变数增加。合同进入履行阶段,一旦发现无利可图,其采取的应对措施又常会超越规则之外,之前"无原则的退让"会变成"无原则的索取",且索取的手段不拘泥于常规手段。若强势方对其"变脸"行为没有充分的心理准备和有效的应对策略的话,主、被动局面将被扭转。

第二,合同审查中应给予相对方以适当的尊重。"尊重"包括两个方面:①对相对方合同利益的尊重;②对相对方人格的尊重。对利益尊重的实质是对合同价值的基本尊重,体现到具体合同,其设置的权利义务条款应顾及利益的适当平衡,强势方可以利用天生的强势地位挤压弱势方的利益空间,但应注意"挤压度"的把握,否则,即使最后如愿签订合同,在履行阶段,争议发生的概率也会大大增加,造成"聪明反被聪明误"的尴尬局面。合同地位在客观上的不平等并不代表人与人之间的不平等。客观上,弱势方对强势方之所以表现出尊重是基于多种因素的考虑,重要的是,在合同领域弱势方对强势方的尊重具有浓厚的利益色彩,也就是说,弱势方尊重的并非是强势方本身或强势方的人员,而是合同的"期待利益"。如强势方对弱势方人格的不尊重超越了弱势方的承受底线,纠纷的产生就不再意

外,实际生活中,因"斗气"形成的纠纷并不少见。

现实生活中,关于尊重当事人的问题需关注一类极端的反常情形,即合同一方当事人本应处于强势地位,但由于人际关系、长官意志等其他因素的影响致使本应是强势的一方变为弱势。此时,站在本应弱势的一方,审查人员不能落入"一人得道,鸡犬升天"的陷阱,不能太过迷信"挟天子以令诸侯"的威力。合作时,应尊重相对方应有的利益、理解相对方经营层的尴尬处境,不能将相对方当成"唐僧肉"而毫无顾忌地攫取超额利益,也不能破坏相对方的原有规则和程序,否则,审查人员会将委托方和相对方都置于危险境地,最终的结果极有可能是从根本上丧失合同的签订及履行的意义。

一言以蔽之,合同诉讼或仲裁的形成,大部分是因当事人对合同约定条款的理解发生争议,或在履约阶段出现偏离合同预定轨道的状况,且当事人不能自力纠偏,从而使当事人在认识上产生差异,进而造成争议。争议发生后,当事人会站在自己的立场评估利弊得失,评估的范围是自己的行为所对应的法律后果,以及相对方的行为所对应的法律后果,当"机会大于挑战"或"裁判结果在自己可接受的范围"时,诉诸法律成了当事人的最后选择。

(二)争议的实质与假象及应对策略

1.利益的对立性是争议发生的根本动因

"统一"的利益是合作的基础,利益的"对立性"是争议发生的根本动因。当事人从谈判、签订及履行合同到争议的出现和纠纷的解决都围绕着"利益"展开。合同是不同当事人实现不同利益的共同载体,在"别人策略的成功是自己策略成功的基础"的理念指导下,当事人追求的理想状态是双赢或多赢,因此,当事人之间的立场与利益具有统一性。但当事人是相互独立的,在有意无意的"自利"观念指引下,当事人都力求使自己的利益最大化,而合同的相对性决定了其具有天然的封闭性,即合同的"相对性"效力决定了合同的"封闭性"的存在状态。在经济利益总量相对固定的情形[1]下,封

〔1〕 人格利益无法用客观色彩浓厚的经济利益衡量,其在合同签订和履行中是一个软变量,且并不总是处于此消彼长的态势,但在合同领域,正因为人格利益属于软变量,才有了其与经济利益置换的可能。

闭性使当事人之间的利益处于此消彼长的状态,因此,当事人之间又存在天然的对立。

2. 经济利益总量的固定性是利益之争的直接原因

合同相对性原则包括两层含义:"第一,除合同的当事人外,任何其他的人不得请求享有合同上的权利;第二,除合同的当事人外,任何人不必承担合同上的责任。"虽然随着社会经济的发展,经济活动越发复杂,第三人介入合同的情形屡见不鲜,对合同的相对性原则形成了一定的冲击,致使古典合同法的最后一道防线——合同的相对性原则也发生了动摇,[1]但这并不能对合同相对性原则的重要性构成实质威胁,合同关系的相对性是合同规则和制度赖以建立的基础和前提,也是我国合同法和司法所必须坚持的一项重要规则。[2]

合同的相对性原则明晰了"无合同即无责任"和"无合同即无权益"的内涵,该内涵明确了合同责任和合同权益封闭于合同关系之内。合同规划的虽是交易关系,或者说合同虽是实现交易的手段,但合同并不等于交易。从功能实现看,交易会带来社会效率的提高、社会财富的创造和积累,而合同本身却不具备这种功能。换句话说,合同自身不能创造或贬损价值。既然是这样,那么合同的作用则体现为固化资源的优化配置,封闭当事人的权益,并在既定的合同框架内完成运行,而不是从度上或量上实质性地增加或减少权益总量。合同一经签订,经济利益总量被固定,当事人的经济利益被预先分配。在封闭的合同框架内,当事人的经济利益处于此消彼长的状态。争议的发生、讨价还价与再次讨价还价都是在经济利益总量固定的前提下,试图改变之前约定的利益分配方案;而妥协与相互妥协则是力图维持一种动态的利益平衡。合同进入履约阶段,当事人可"八仙过海,各显神通",维系或争取新的、更多的利益,但在这个过程中,务必要顾及利益的均衡性,因为平衡一旦打破,纠纷发生的概率将会大增。

3. 真假争议与不同的应对策略

在现实生活中,当事人的争议有真正的争议和假性的争议。真正的争议是指客观存在争议的事实,例如买卖合同中,买受方未按照合同约定的

〔1〕 傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社 1997 年版,第 153 页。

〔2〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 126 页。

时间及数额支付价款。此时,出卖人因买受方不按约定支付价款而引发的争议是真正的争议。假性争议是指当事人为达到自利目的,或因认识上的原因,在客观上不存在争议事实的情形下,向相对方提出权利要求而发生的争议。例如,商品房买卖合同中,出卖人交付了符合合同约定的房屋,买受方支付了购房款。但在合同履行完毕,出于各种因素的考虑,出卖方降价销售剩余房屋,买受方认为自己房屋价值贬损而要求开发商减少价款。此种争议是因买受方对商业风险缺乏认识而发生的争议,是假性争议。再如,物业公司在受托管理物业时,经常出现业主以房屋存在质量为由拒绝缴纳物管费,此争议是因业主对不同的义务承担主体认识错误而引发的争议,也属于假性争议。

实务中,区分"真假争议"的意义在于对不同性质的争议应采用的处理方式的不同。真正的争议在客观上存在利益冲突,既然是这样,那"解铃还须系铃人",消弭争议只能使用利益手段,且在必要时可选择以利益让渡或交换的方式妥协。假性争议是基于当事人主观的自利想象,客观上并不存在利益冲突。因此,对因单方想象的利益而引发的冲突解决方式则不能使用利益手段,争议各方也不具备妥协的基础,此种情形下息事宁人破坏的是交易秩序和交易安全,且容易引起连锁反应而造成更大损失。

二、争议向诉讼或仲裁的演化路径与应对策略

(一)审查人员面对争议向诉讼或仲裁演化时的思维

如前所述,争议的实质是利益之争,实务中,市场经济生活中当事人的高频经济活动决定了争议发生的频繁性。争议发生后,当事人解决争议的选项有协商、调解、和解、诉讼或仲裁。值得注意的有两点:第一,虽然引发争议的因素很多,但当事人之间发生争议并非都会提交诉讼或仲裁,或者说,争议在具备了一定的条件后才会演化为诉讼或仲裁;第二,当事人签订合同的初衷是想通过顺利履行合同实现合同目的,争议的出现并非当事人所愿,诉讼或仲裁更是当事人解决争议的无奈之举,因为,诉讼或仲裁的裁判结果看似有输赢之分,但实质上却没有真正的赢家,诉讼、仲裁耗费的时间、精力,对心态、对商誉的影响都无法单纯地以经济利益衡量。

因此,审查人员在制定止争策略时首先应树立"诉讼无赢家"的观

念。其次应认识到合同诉讼或仲裁虽有一定的偶发性,但也并非完全无规律可言,审查人员应推演争议演化成诉讼或仲裁的路径和条件,寻找其中的规律并有针对性地采取防范措施,以力争达到预防诉讼或仲裁发生的目的。

(二)争议向诉讼或仲裁演化的路径及条件

1. 权益冲突的存在是诉讼或仲裁案件发生的导火索

抛开想象中假性利益的冲突,在履约阶段,当事人之间的利益冲突,是引发争议的导火索。在客观存在利益冲突时,若权益受到损害的主体不愿意争、或不屑于争、或觉得争议解决的成本高昂而放弃,则争议不会演化成诉讼或仲裁。例如,在买卖合同中,买受方发现出卖人交付的标的物在外观上存在些许瑕疵,但不影响使用,买受方基于各种考虑,放弃追究出卖人的责任,则客观存在的争议不会演化成诉讼或仲裁。但如果买受方十分在意标的物外观上存在的瑕疵,且出卖人无法完成修理、更换、减少价款或退货,争议演化成诉讼或仲裁的可能性会大增。

实务中,审查人员可以通过合同条款设置、通过履约控制来防范争议演化为诉讼或仲裁的风险,但审查人员的工作整体上只能定位于"程序性"工作,其虽可对当事人的履约行为予以关注、提醒、建议,但却无法控制当事人的具体行为,审查人员对"权益冲突"状态的出现无法回避,也就是说,引发诉讼或仲裁的"导火索"是否出现并不以审查人员的意志为转移,甚至,审查人员对此也无能为力。认识到这一点,对审查人员进一步明晰自己的工作重心有所裨益,即在合同领域,审查人员须关注商务条款,但工作重心不应放在试图规避那些无法避免的"权益冲突"领域,而是应着重考虑在"导火索"出现时,如何将争议的解决引入既定的纠纷解决框架内。

2. 机会成熟是引发诉讼或仲裁发生的时间条件

即使客观上存在争议且当事人不放弃所争议的期待利益,但不一定会引发诉讼或仲裁。启动诉讼或仲裁的一方当事人势必要等待时机成熟,且评估裁判结果[1]在自己可承受范围内才会决定启动最后的救济手段。机

[1] 通常是最坏结果的分析,当然实务中也不排除有些当事人启动诉讼或仲裁是心存幻想,对诉讼或仲裁的结果充满期待。

会成熟是指当事人的准备工作就绪,完成了诸如证据收集、风险与裁判结果评估等工作。

评估裁判结果包括两个层面:一是成本与收益分析。当事人提起诉讼或仲裁的目标是胜诉且能执行,但诉讼或仲裁存有胜诉或败诉的两种可能。影响案件胜诉或败诉的因素较多,既有案外因素,也有案内因素。在生效的裁判结果作出前,一切关于胜负的判断与推论都是对"胜诉希望大小"的判断与推论。取得胜诉的结果已属不易,但在以给付为内容的案件中,胜诉只是当事人取得胜诉利益的入场券,执行的难易程度决定了这张入场券的价值,不能执行的裁判文书实质上与废纸无异。毋庸置疑,当事人参与诉讼或仲裁须耗费一定的人力、物力,即使裁判结果能得以执行,那成本与收益是否对等也是当事人考量的重要因素。但在实务中应引起特别注意的是,审查人员评估成本与收益时,绝不能将评估视为一个单纯的计算问题,尤其不能将其视为一个纯粹的经济利益计算问题。固然,经济利益在合同中占有较大的比重,但对经济利益的追求并非是合同的全部。审查人员评估裁判结果时,切不可忽视当事人和经营层在合同中的人格利益,也不可忽视相对方的权利与名誉。审查人员只有综合衡量经济利益和人格利益的关系才能明确争议中哪些是主要矛盾,哪些是次要矛盾,才能正确认识可能连锁发生的"案外效应",才能正确判断应当启动诉讼或仲裁,抑或是主动阻止其发生。

[**案例4-4**]某国有大型公司与某俱乐部签署了一份《特种车辆驾驶人员培训合同》,合同签订后,俱乐部指派了一名教练,企业书面确定了参与培训的人员。在培训过程中,企业的一个主要领导到培训基地视察,不知出于什么目的,企业领导要求尝试驾驶特种车辆。于是,教练对其进行了简单的操作培训后,教练陪同领导开始驾车上路,结果发生了车辆毁损,教练死亡的悲剧。在善后工作中,经多轮协商,教练家属提出80万元的赔偿金额的赔偿底线,如不能满足就以诉讼手段解决。某审查人员认为该金额过高,并提出理由:①按法律规定的标准,80万元的赔偿显然过高;②教练有一定的责任,因其未拒绝领导的驾车行为,按合同约定,培训的驾驶人员已经在合同列举的名单中固定,即使领导提出驾车也应拒绝。

参与谈判的另外一个审查人员提出了不同观点:①该事故并未按照规

定上报,在性质上属于瞒报,如不能快速协商好而引发诉讼,事故的影响面肯定会扩大;②瞒报固然不对,但领导在做出不上报的决定时就是为规避安全考核。通过诉讼虽有降低赔偿金额的可能,但安全考核与瞒报事故的事实将使领导面临被追责的境地,这对具有决策权的领导而言显然得不偿失。最终,领导为快速解决争议,在经济利益上做出让步,事情得以解决。

二是利害关系分析。利害关系分析包括对"现实利益"和"长远利益"的比重分析和诉讼或仲裁产生的负面效应是否会向其他经济环节溢出的分析。审查人员在对裁判结果进行评估时应将视野适当放宽,不应单纯地拘泥于具体案件的胜负。其中须考量的一个重要因素就是诉讼或仲裁是否会对未来工作的开展或商业机会的获取造成实质影响。

[案例4-5]甲公司经努力成为某垄断央企乙公司的合格供应商,取得了向乙公司供货的资格。一次甲公司与乙公司签订了《物资买卖合同》,约定甲公司向乙公司提供产品,同时约定了乙公司付款的时间和条件。合同签订后,甲公司依约向乙公司交付了产品,但乙公司没有按照合同约定付款。此时,如甲公司提起诉讼,诉讼的结果相对清晰,欠债还钱天经地义,甲公司胜算较大。同时,乙公司雄厚财力,甲公司胜诉后的执行应无问题。但甲公司提起诉讼会承担被乙公司拉进"黑名单"而丧失了长远利益的风险。

因此,评估裁判结果不得不考虑长远利益。在合同实务中,审查人员对裁判结果的评估并无定式,只能具体问题具体分析。例如,在案例4-5中,如甲公司因未及时收到乙公司货款可能导致资金链断裂而面临破产风险时,现实利益的比重将大于长远利益的比重,因此选择诉讼手段追讨货款就是"保命"之举,所谓的长远利益只对正常存续的主体具有意义。

在当事人的经济活动中,合同往往是经济活动链条的一个环节。审查人员在审查合同时应区分合同是"工具性"合同,还是"目的性"合同。诉讼或仲裁有着输赢之分,但即使当事人取得了胜诉的结果是否就意味着周全地保护了其利益?答案显然是否定的。诉讼或仲裁需要一定的时间周期,程序性的规定及合理的应用程序性规定有时会延长裁判结果发布的周期,但作为"工具性"的合同也许在获得公正判决之时,其产生的负面效应已

经溢出到其他经济环节,也许由此产生的损失已经远超当事人可获取的"裁判利益"。法律虽然规定了先予执行的情形,法律及合同约定虽赋予了当事人请求损失赔偿的权利,但结果的不确定让这些权利看起来都显得不可靠。

[**案例4-6**]甲公司为了履行与项目业主的《建设工程施工合同》,而与乙公司签订了《混凝土买卖合同》,合同中约定,乙公司供货后,双方于每月的25日计量货款、按月结算。结算价款在次月5日前支付。在抢工期的关键履约阶段,乙公司提出让甲公司先预付款项的要求,否则就停止供货。显然,乙公司的要求违反了合同约定,甲公司若不同意乙公司变更付款时间的要求,纠纷的发生将难以避免。甲公司若因此提起诉讼,其获得胜诉判决的可能性较大。但诉讼本有的程序和所需的时间周期,以及裁判结果能支持的损失赔偿金额的不确定性,无疑会增加甲公司决策的难度。一边是如更换供货方可能导致不能按期竣工而会造成经济利益和人格利益的损失;另一边是与相对方诉讼面临的不确定的时间与结果。此种情形,即使甲公司胜诉,又有多大的意义?

因此,审查人员在分析案件是否启动的利害关系时,应评估案件可能的诉讼结果,但却不能仅仅局限于诉讼结果,应评估当事人可接受的结果,而并非仅评估案件胜诉或败诉的结果。

(三)争议向诉讼或仲裁演化时审查人员的立场与方式选择

1.利益冲突时应以当事人的利益为中心

诉讼或仲裁是争议解决的终极手段,审查人员,尤其是外聘审查人员在面对争议时,首先应明确自己在评估裁判结果并建议当事人是否启动诉讼或仲裁时应有的立场。毫无疑问,审查人员的工作具有相对独立性,其体现在其工作不受当事人的干扰和指挥,而独立性并非"以自我为中心"的借口,审查人员评估裁判结果并作出是否诉讼或仲裁的建议应"以当事人的利益为中心",只有这样,审查人员的工作才不会陷入就事论事的境地,才不会仅仅拘泥于眼前现有的法律关系。

毋庸置疑,审查人员的立场和当事人的立场在客观上存在差异,诉讼或仲裁对于当事人是最后的"利益"救济手段,但于审查人员,"被救济的利益"本身与审查人员无关。审查人员关注的"利益"是因诉讼或仲裁而衍生的利益,但此利益非彼利益,审查人员寄希望于案件胜诉后获取的名望、地

位、经济收益及肯定性的社会评价。严格地讲,审查人员在诉讼或仲裁案件中期待获取的利益与当事人的利益无关。由此,在看似一致的立场下,当事人与审查人员可能会发生不易被对方察觉,或即使察觉也难以启齿的利益冲突,因审查人员即便再自利,也总会表示出以“当事人利益”为借口来掩盖内心的真实意思,而当事人须求助于专业人士,即使对审查人员的自利有所察觉,但因自己的察觉本属内心推测,其担心一旦表露于外,会招致对方诸如心理阴暗、不知好坏的指责。在各怀鬼胎,但又表现出一致求同的背景下,审查人员占据主动,因审查人员在客观上站在了“法律专业”的制高点,在口头宣讲上,又占据了为当事人利益着想的“道德”制高点。

此时,审查人员的自利与反自利心态左右着其看待问题的立场。向左,可利用当事人对法律专业的无知而满足自己的私利,向右,可为了当事人的利益而变相牺牲自己的利益,甚至,当事人在听从审查人员的意见化解危机后,因主被动关系的扭转,存有对审查人员工作成绩不予肯定的可能。但即使是这样,审查人员也不应过多考量自利因素,而应站在当事人的立场,“真正地”而非“口头宣称”地以当事人的利益为中心做出判断。因利用自己专业上的优势虽可取得现实的经济利益,但小到对自己人格利益的损害,大到对行业利益的损害都是无可估量的。因此,审查人员在对裁判结果评估时应淡化自己的利益,从“一个冷静人”应有的立场出发,对裁判结果综合评估,然后将评估结论提交当事人作为决策参考。如审查人员心存太多私利,不站在当事人的立场换位思考,忽略当事人的性质、案件的性质、不考虑案件的连锁效应、不考虑案件对当事人经济利益和人格利益的影响、不考虑投入与产出的关系,暂且不说评估结果能否做到客观公正,即使案件胜诉,审查人员都可能无法获得当事人的认同。

2. 选择争议处理方式应考量风险比重

当事人的性质、管理方式不同,行业特性、对诉讼或仲裁的认知不同使当事人对自身权益维护所采取的方式在客观上存有不同。实务中,有些当事人愿意使用诉讼或仲裁的方式解决争议,但也有些当事人却正好相反,其不愿意面对诉讼或仲裁。无论当事人的主观心态如何,审查人员都无法替当事人做出选择,但这丝毫不应妨碍审查人员做独立的判断。审查人员判断并建议当事人选择争议解决的方式时,主要考虑的因素是风险比重。

所谓风险比重,是指在当事人因经营行为而面临潜在风险时,财产性责任与人身性责任在风险中的占比及经济利益责任与人格利益责任在风险中的占比。审查人员在出具审查意见时,应对风险比重予以分析,并将人身性责任放在第一位,然后再考量成本与收益的关系。也就是说,当事人在面临风险时,应将当事人和经营层,尤其是经营层的人身性责任放在首位考虑,如潜在风险中的人身性责任占比大,审查人员虽需分析成本与收益的关系,但却不应做重点考虑。如潜在风险中并不涉及人身性责任,或占比可被忽略时,成本与收益的关系论证则上升到第一位。

[**案例4-7**]甲公司与乙公司签订借款合同,约定甲公司借款若干元人民币给乙公司并约定了还款期限。合同期限届满后,乙公司由于资金链断裂而无法归还借款。此时,如甲公司系民营企业,在评估案件结果后发现即使胜诉,但由于乙公司缺乏偿债能力,也无法执行。从投入产出的角度分析,甲公司对乙公司提起诉讼,不但不能回收借款,还需额外支付诉讼费、律师费,最后法院的判决除起到中断诉讼时效的作用外,毫无用处,即使申请强制执行,也于事无补。在这种状态下,甲公司可能不会选择诉讼或仲裁,而是利用较小的代价达到中断诉讼时效的效果,如有效发送催款函,或要求乙公司配合,办理具有强制执行力的公证书。但甲公司如系国有公司,即使乙公司没偿债能力,甲公司有时也不得不采用诉讼或仲裁的手段催收借款,不计额外投入成本,这看似不符合“成本与效益”的分析,但与防止经营层面临渎职等风险相比,额外地投入成本也是物有所值。

第五章

合同原则的重新审视

第一节　合法性原则与重新审视

一、合法性原则的内涵

合同法要求当事人在订立及履行合同时,符合国家强制法律要求,不违背公共利益,不扰乱社会经济秩序。[1] 合法性原则包含两个层面的含义:第一,合同的形式和基本内容等方面必须符合法律要求。合同是当事人意思自治协商的结果,约束着缔约各方的权利义务,调整着合同当事人之间的法律关系,根据《合同法》的相关规定,订立合同的各方当事人必须具备合法的主体资格,合同形式和合同约定内容不违反国家法律的强行性规定和禁止性规定;第二,合同约定内容不能违背社会公共利益,不得损害其他法律所保护的利益。

二、合法性原则的重新审视——审查人员的思维与策略

(一)概念的厘清

1. 形似却质不同的法律规避与不合法因素剔除

合法性原则是贯穿整部合同法的一个重要原则,正确理解“不合法因素的剔除”需厘清规避法律与不合法因素剔除的差异。规避法律的行为也称脱法行为,是指以某种迂回的手段,绕开强制规范,企图实现实质上与强

---

〔1〕 于传博、胡云侠:《合同的审查与风险防范》,载《北京石油管理干部学院学报》2009 年第 5 期,第 54 页。

制规范所禁止的效果相同的行为。我国法律没有直接使用“法律规避”的概念，但有关于“以合法形式掩盖非法目的”的规定，以及“恶意串通，损害国家、集体或第三人利益”的规定。有学者认为，“以合法形式掩盖非法目的”的规定包含有法律规避的含义。法律规避的情形可以区分为两种：一种是对强制性规范所直接禁止的合同标的的规避；另一种是对强制性规范所禁止的手段的规避。前者比如法律禁止收取复利，而当事人巧立名目，以手续费等名义变相收取，后者如担保法关于禁止流质契约的约定，而当事人采用预约的方式变相突破该禁令，企图实现债务人到期不能偿还债权时，直接通过本约使质物归质权人所有的目的。[1] 因我国没有关于法律规避的规定，实务中只能通过对所规避的强行法的内容、目的的解释来判断合同是否有效。判断因法律规避而导致合同无效须满足两个条件：第一，通过解释来判断合同内容或合同目的是否违反强行法；第二，如经解释可以认定内容或目的已经违反强行法，其只有在违反效力性强制规定时才能认定合同无效。不合法因素的剔除目的就是试图阻却出现这样的解释效果。合同目的属于当事人的主观范畴，具有不可知性，第三方只有通过外在的表现形式来反推合同目的，外在的表现形式包括合同的约定、形成的证据和当事人的陈述等。也就是说，探究当事人的合同目的并非是真正地探究当事人在签约时的内在目的，而是综合当事人对外的意思表示，结合合同约定和形成的证据推定出当事人的目的。既然对合同目的推导的方法和程序已经清晰，那剔除不合法因素则需针对上述推导程序和解释方法反向进行，例如，通过调整合同模式将合同行为的类型转换使之符合法律规定，然后通过收集的证据固化合同行为，让第三方只能得出合同目的合法的结论，以此来掩盖当事人内在的合同目的；或对某些因缺失相关因素可能被判定为违法的行为，通过证据补强，变相剔除不合法因素，以实现“推导出的目的”合法的效果。

2.《合同法》第 52 条第 5 款与不合法因素的剔除

《合同法》第 52 条第 5 款规定了违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。《合同法司法解释（一）》第 4 条、《合同法司法解释（二）》第 14

---

〔1〕 耿林：《强制规范与合同效力——以合同法第 52 条第 5 项为中心》，中国民主法制出版社 2009 年版，第 133－137 页。

条分别对强制性法律法规作了限缩解释。实务中,审查人员应关注《合同法》及司法解释的规定只能做单向理解,即违反效力性强制性规定会导致合同无效[1],但这并不意味着合同的约定可以违反除“效力性强制性规定”以外的规则规范。合同无效仅是对合同最严厉的否定性评价,其他的规则规范一样会对合同形成负面影响,甚至会影响合同目的的实现。例如,合同约定因违反地方性法规而导致项目不能立项而丧失操作性,操作性的缺失一样会使合同的签订失去意义。因此,不合法因素的剔除不应仅着眼于“效力性强制性”规定和合同效力,而应立足于广义概念的法、立足于合同的操作性。

(二)不合法因素的剔除与选择性保留

在合同领域,当事人无论是规避法律、剔除不合法因素,还是以合法形式掩盖非法目的,或者是对法律的规定抱有侥幸心理而强行实施违法行为,其追求的目的无非是实现合同目的。当然,审查人员剔除不合法因素也是为实现当事人的合同目的服务。那接下来的问题是,如果合同中存有不合法因素,且无法剔除,或剔除以后反而不利于实现当事人合同目的时,审查人员是否要坚持强行剔除这些不合法因素?答案显然是否定的。当事人的合同无论从内容还是形式都符合法律规定固然好,但在实务中法律对当事人的合同行为做出的评价与当事人期待的效果有着一致性,但也存在差异性,也就是说,即使法律会对当事人的行为作出否定性评价,但这种评价有时并不影响当事人实现既定的合同目的[2]。因此,对审查人员而言,剔除不合法因素是有选择性的,或者说,剔除不合法因素是原则,保留或放任不合法因素的存在是例外。

(三)不合法因素剔除的策略

合法性要求当事人遵守的法是广义概念的法,包括法律、行政法规、政策和地方法规。合同审查中,剔除不合法因素就是充分利用法律空间,通过合同行为性质的转换、变通、迂回等方式剔除不合法因素,或在履约阶段补强缺失的细节,最终达到让合同行为合法的目的。

---

[1] 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 222 页。

[2] 具体论述参见本书法律的否定性评价与当事人预期利益的差异性。

[**案例5-1**]甲公司通过招标取得了一项工程,但自身没有施工能力,于是与乙公司签订了一份《劳务分包》协议。协议约定,由乙公司提供劳务,实施《工程施工合同》中的约定的工程范围;工程施工中所涉的材料、设备全部委托给乙公司采购,但必须以甲公司的名义对外签署采购合同,供货方向甲公司出具发票,甲公司向乙公司支付物资采购管理费;乙公司拟指派到项目的管理人员、质量员、安全员、材料员与乙公司解除劳动合同,并与甲公司签订以完成一定任务为期限的劳动合同。后来,甲公司与项目业主发生争议,项目业主诉至法院,提出了甲公司因非法转包违反合同的主张。审判实践中,法院一般会从下述三点判定是否构成工程转包:第一,从工程范围看,是否将合同中约定的全部项目交由或变相交由第三方实施;第二,参与项目实施的管理人员、安全员、质量员、材料员的劳动关系归属;第三,从财务处理看,用于项目的主要设备、设施、材料的购买方是谁。本案中,甲公司把劳务部分交由乙公司实施并不违反我国法律规定。甲公司与项目管理人员等都签署了以完成一定任务为期限的劳动合同,因此,其指派了项目实施的关键人员。乙公司采购主要设备、材料的行为是受托行为,其后果由甲公司承担,应认定为是甲公司实施了采购行为。法院在审理此案时引起了较大争议:一种观点认为甲公司的行为已在事实上构成了转包,而另一种观点认为甲公司的行为不构成转包。最后,本案双方和解,原告撤诉。

在案例5-1中,甲、乙双方针对“合同会因缺失某些因素而被认定无效”的效果,有针对性的予以补强。劳动合同、委托采购合同、采购合同使法律关系的认定变得复杂。外在的合同模式、形成的证据指向的甲公司的目的是劳务分包,此时,甲公司的真实目的可能只有自己清楚。因此,审查人员对合同的合法性审视,不能仅局限于法律法规的规定和合同的具体条款,其必须结合具体合同目的,根据法律规定和司法实践中留存的空间,首先,探究当事人是否有规避法律规定的意图;其次,策划合同整体模式,合理安排权利义务条款、收集履约证据,力争使通过外在因素“推导出的合同目的”不违反法律规定。

在剔除不合法因素过程中,整体策划是开展审查工作的基础。对整体策划应从两个层面理解:首先,整体策划应综合法律规定、司法实践、财务、

人力资源管理、内部决策流程等因素,将合同行为有机地镶嵌到当事人完整的管理链条中使之成为一个统一运转的复合体系。在体系中,各类行为与形成的证据所指向的目标统一且明确,即使之前的合同行为存在“漏洞”,也能被其他环节有效弥补,或能形成合理的解释;其次,整体策划应贯穿合同签订和合同履行的全过程;统筹安排合同文本、补充性法律文件应具备的内容、应有的作用和应形成的时间、契机和程序;关注履约证据之间是否相互矛盾,是否存在相互抵消的因素;关注法律性文件与其他管理性文件所指向的目标是否统一,是否可以做出不同解释。

第二节　平等原则的重新审视
——等级秩序的天然存在

一、平等原则内涵

《合同法》第 3 条规定,当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。平等原则是指地位平等的当事人,在权利义务对等的基础上,经过充分协商达成一致,以实现互利互惠的经济利益目的原则。这一原则包括以下三个方面的内容:第一,当事人的法律地位一律平等。在法律地位层面上,当事人之间没有主仆之分,不存在上下级、管理与被管理的概念;第二,合同权利义务对等。当事人之间的权利义务是相对应的,享受权利的同时,必须承担义务;第三,当事人必须就合同条款充分协商,达成一致,合同才能成立。任何一方不得将自己的意志强加到另外一方,更不得以命令、胁迫等手段签订合同。

二、对平等原则的重新审视——天然存在的等级秩序与应对

(一)等级秩序的成因

平等原则是民事法律关系的基本原则,是区别行政法律、刑事法律的重要特征。平等原则虽是其他合同法原则赖以存在的基础,但法律地位的平等只是拟制的平等,是法律拟制每个参与缔约主体都具有平等地位。甚

至有学者认为:实际生活中的诸多因素影响到了实际缔约过程,(平等)则没有纳入考虑的范围。[1] 实际生活中,合同地位在客观上存在天然的不等,这对合同的公平正义原则构成冲击。《合同法》的法律体系和制度构建的目的在于消除对平等原则的冲击,所有合同制度的建设都是为实现当事人地位的平等。因此,实质的平等不但没有脱离法律制度的考量范围,恰恰相反,《合同法》体系和制度的构建就是为了限制"不平等",这其中包括实际生活中的诸多因素对实际缔约过程的影响,但这仅停留在倡导平等理念的立法价值层面,却不能彻底改变实际存在的不平等。

法律拟制主体之间的平等源于对当事人的假设,即将当事人假定为"经济人"或"理性人"。经济人的显著特征就是"同质化"的"理性人"。"同质化"强调个体之间没有差异,抽象掉了制度、文化、道德、情感的因素,撇开了个体生理、历史、地位、社会经验、文化水平等差异,人成为先经验的、普遍的、抽象的人。[2] "理性人"意味着三点:一是当事人可以理性计算缔约行为给自己带来的收益和支出,并比较大小,只有在收益大于支出时,契约才发生;二是假定当事人能够全面获得信息,并对未来可能发生的事件有充分的预知能力,而且能够根据未来发生的实际情况,及时做出符合利益最大化原则的对策;三是上述计算不需要成本而迅速完成,而且这个完成点是可以判断的。[3] 但事实上,人的理性和人的知识都是有限的,"具体人"在经济活动中,受到自我认知、社会地位、社会经验、信息的对称性和协商技巧等限制,当事人为达成交易不得不考量需求的紧迫程度、相互之间的依附关系、整个经济境况和局势,其体现到合同地位上决定了法律拟制的、真空的平等并不存在。

(二)天然等级秩序下审查人员的思维

1. 底线确定与筹码运用的思维

审查人员不能自欺欺人地否认或忽略"法律拟制的平等与天然不平等"现象的存在。在合同领域,审查人员应正视"不平等"现象的存在,在谈判与履约时应确定"合同底线"并应合理运用自己的"筹码"。"合同底线"

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第36页。

〔2〕 卿志琼:《有限理性、心智成本与经济学》,经济科学出版社2006年版,第71页。

〔3〕 孙良国:《关系契约理论导论》,科学出版社2008年版,第12页。

是当事人签订、履行合同欲达到的最低期望值,期望值既包括经济利益,也包括人格利益等其他利益。前者如某公司签订合同是为获取利润,后者如某公司签订合同是为形成一个营销标杆来提升自身的知名度或公司信誉。“筹码”是指自己拥有的,能吸引且可满足对方需求的有形物或无形物。合同的谈判与履行是一个相互讨价还价、相互妥协的过程,妥协意味着在底线内完成筹码的交换,或利益的让渡及转化。

在合同领域处于强势地位的当事人是利用自己的筹码如交易机会,不断探明并挤压弱势方的底线,其所追求的状态是在具有吸引力的前提下让弱势方妥协到退无可退;而处于弱势的当事人是通过不断地交出筹码来换取对方对自己底线的尊重,换取对自己仍具有吸引力的交易的机会。审查人员如代表强势方,首先要明确弱势方的底线,以此判断其可让步的最大限度;其次应明晰弱势方手中掌握的且是自己需要的筹码。“自己策略的成功必须建立在对方策略成功的基础之上”,探明底线是为了在实现“利益最大化”时不突破对方的底线,这是交易成功的前提。如突破对方底线,交易会因失去吸引力而走向失败。底线探明后审查人员的策略是在保持吸引弱势方的基础上,让其不断地交出筹码或让渡利益。

审查人员如代表弱势方,首先,要明确委托方的底线和能吸引对方的筹码,即明确必须坚守哪些原则,如何坚守,在坚守时如何尽量少地交出筹码;其次,弱势方应明确哪些条款可以让步,如必须让步,如何拿捏让步的时间、步骤和程度,以及自己的让步是否能换得对方的让步。

例如,竞争领域的物资买卖合同,出卖方因选择权被弱化而处于弱势地位〔1〕,除博取广告效益或有其他考虑外,其底线应为赚取合理利润,至少不亏本。其筹码是公司名誉、售后服务、质量的可靠性、额外赠品等;买受方的底线是获取与支付价款相匹配的商品,筹码是交易机会和金钱。买受方明确出卖方底线后,从交易达成的目的出发,其应知道出卖方坚守的底线是获取一定的利润,否则出卖方不会接受,但对于其他条款,如付款条件、质量异议期限、违约责任的分配、争议解决条款的设置、交货期限、售后

〔1〕 买受方因有可购买甲公司,也可购买乙公司或丙公司产品的充分选择权而处于相对强势的地位,出卖方理论上虽可卖给甲公司,也可以卖给乙公司或丙公司,但在竞争领域,出卖方的选择权只存在于理论层面,出卖方在一定程度上失去了选择客户的权利。

服务等直观上不实质影响价格的，出卖方有着退让的余地。因此，买受方在审查合同时不必严格拘泥于平等原则，可尽量的、适当地挤压出卖方的利益空间，包括挤压其直接获利空间，如降价或加大其履约的显性和隐性成本如延长质保期。对出卖方，交易机会的吸引力来源于可预期的利益，不触及或不突破其“真正的价格底线”是交易达成的前提〔1〕。审查人员应围绕着价格底线制定相应的策略，如利用产品成本信息的不对称性，向买受方传递或变相传递自己相对失真的“价格底线”，预留价格调整的空间。同时，出卖方应分析自己的筹码和买受方的筹码，通过适度的筹码让渡换取买受方给予的有限的对等。

由此可以看出，合同博弈的过程就是强势方尽量向下挤压弱势方利益空间，而弱势方抗拒强势方的挤压，尽量向上拉抬利益空间的过程。在此过程中，法律拟制的平等仅作为一个概念存在，甚至在某些当事人的观念中，高高在上的感觉是理所当然的，至于平等的观念早已消失得无影无踪。实务中，审查人员如不能正视这种现象的存在而拘泥于所谓的平等原则，要么会造成交易不能完成，要么会使委托方的利益不能获得充分保障。

2. 强势方设置自己义务条款的思维

合同地位的不平等源于强势方具有选择交易对手的余地，而弱势方为达成交易必须正视并容忍不平等现象的存在。尤其在竞争领域，“示弱”本身就是同质化产品提高竞争力的手段。在谈判及草拟合同条款阶段，强势方因掌握着主动权，可强化相对方的责任条款，尤其是关于违约责任的约定，实践中常遇到的情形是弱势方的违约责任被细化、量化，而强势方的违约责任却被泛化、模糊化。

应引起审查人员注意的是，强势方在设定违约责任条款是否应将自己的责任细化、量化？如需细化、量化，其设置的思路应是什么？实践中“是否具有选择权”决定着当事人的主被动关系，合同一旦签订意味着强势方已选定交易对象而使选择权归于消灭，之所以还保持着主被动关系是由于惯性使然，或者是弱势方基于长远利益考虑。试想，若在履约过程中，因强势方违约原因致使合同不能履行，弱势方在交易机会丧失而主张违约赔偿

〔1〕实际生活中，出卖方往往从策略上考虑，而有意无意地透露出高于真正价格底线的所谓价格底线。由于产品渠道、仓储、物流、管理的差异，产品的市场参考价有时会失真。

时是否还会有所顾忌?强势方是否还能保持强势?如合同仅作类似“甲方(强势方)应信守合同约定,如违约应赔偿乙方损失”的约定时是否意味着将损失计算的主动权交给弱势方?答案是肯定的。因在强势方违约时,如何确定损失范围、如何计算损失、如何主张的主动权都在原来的弱势方。因此,为避免出现上述情况,强势方在谈判及合同条款设置时应细化、量化自己的违约条款,只是违约条款的设置是基于“退出机制”的思考,其目的是降低自己违约时的代价,即假定自己在无法履行合同约定时,如何以最小的代价使合同归于消灭。“细化”并“量化”的是自己在违约时所付出的“最小的代价”,并利用强势地位使弱势方接受。

[案例5-2]甲公司系一家大型国有企业,其在某市中心商业区有部分商业铺面出租,因租金水平合理且地理位置优越,潜在客户较多。经协商甲公司与乙公司签订了为期五年的《铺面租赁合同》。甲公司设计的违约责任条款中,针对迟延缴纳租金、转租、装修改造方案等细化并量化了承租方的违约责任,但对于自己的违约责任则泛化处理,仅约定“如甲方提前终止合同应赔偿给乙方造成的损失”。针对该约定,甲公司审查人员提出应细化并量化自己的违约责任,理由如下:第一,甲公司作为国有单位,在企业系统整合的背景下,主管单位的变更、上级领导的指示、资产关系的划转、主要领导的变更、业务发展需收回自用都可能会使合同被提前终止;第二,假定甲公司要提前终止合同,关于“损失赔偿”的泛化约定使自己无法预判违约代价,无法预判乙公司提出的索赔金额是否合理,但不能排除乙公司狮子大开口的可能;第三,因缺失损失的计算方法和衡量损失高低的标准,无论协商的赔偿金额是多少,无论是否合理,都会给经营层带来负面影响,甚至不排除他人会认为经营层有“利益输送”的嫌疑,即使在赔偿时尽了合理注意,如对装修等予以评估也于事无补。因此,审查人员建议应细化并量化己方的违约责任条款。“细化”与“量化”主要考虑甲公司可能存在的提前收回出租房屋而违约的情形,合理设置因甲公司违约的“退出机制”,尽量缩小纳入损失计算的范围和相对低额的计算方式。

(三)等级秩序对平等原则的影响在实务中的体现与应对

法律拟制的平等不但会受到内部的冲击,还会受到外部的冲击。内部冲击可能会造成当事人利益的失衡,外部冲击会对合同的履行及纠纷解决

构成障碍。合同具有相对性，内部冲击来源于当事人在客观上存在的强弱差异；外部冲击来源于如上级机关、主管单位、实际控制人等可以影响当事人决策的其他主体。等级秩序的成因与其产生影响的讨论并非本书讨论内容，但等级秩序对平等原则的冲击却不得不考察，合同实务中考量等级秩序对平等原则的冲击所造成的影响可从两个方面进行：

1. 等级秩序对使用规则和纠纷解决方式的影响与应对

我国存在大量的商业帝国，其体系庞大，经营领域广泛。经过多年运作，其总以“加强管理”的名义形成了独特的合同签订、履行及纠纷解决的体系，在体系内的一些企业唯“家规”是从，而不知“国法”。例如，某大型央企，在全国有许多二级、三级公司，为加强管理，其制定了若干管理制度，如禁止三级公司对外提供担保，否则追究主管领导的责任；与系统内的单位发生纠纷，任何一方不得提起诉讼或仲裁，而需提交系统内的共同上级机构“裁决”。实务中，审查人员在审查系统内合同或处理与“兄弟”单位、“母子”单位发生的纠纷时，首先要调整看待问题的思维，正确认识法律规定与企业内部制度规定的关系；其次应明晰合同行为在纳入法律体系考察与纳入企业制度体系考察时的差异，然后根据这种差异构建相应的合同体系。在系统内，企业制度具有优先适用性。在审查合同时，在国家强行法的范畴之外，如果有企业制度规定时，任意法的规定须让位于企业制度，企业制度没有规定的，则由法律规定填补。换言之，系统内的企业制度应优先于法律规定适用，即使企业制度与法律规定相冲突，也只能适用企业制度。例如，法律上并未禁止系统内的三级独立法人主体对外提供担保，但企业制度不允许，那三级企业就不能对外提供担保。否则，企业的负责人会面临免职或降职等处罚。因此，审查人员的审查意见首先应满足企业制度，以“行为被法律所允许”，或“行为不被法律禁止”来对抗企业制度的“禁止性”规定是不能免除或减轻责任人责任的。

考量等级秩序对纠纷解决方式的意义在于，审查人员在解决纠纷时的策略制定及执行应内外有别。当事人与系统外的企业纠纷争议诉至法院或提交仲裁机构，当事人将“胜诉”作为第一目标，策略的制定和证据的组织、提交及说明均围绕着“胜诉”开展，“胜诉”多表现为经济利益。裁判者作为事后参与者是通过证据推导当事人的合同目的和真实的意思表示，并

在此基础上做出裁决。因此,在诉讼或仲裁中,证据能证明的事实最重要,而当事人单纯的表白、论述可以相对忽略。但在系统内解决争议时,案件的“胜诉”与诉讼或仲裁中“胜诉”有着天壤之别。系统内的“胜诉”已超越经济利益,而让位于“大局观”或“讲政治”。判定是否“胜诉”已不单纯地依托证据,当事人的陈述也十分重要。

“外战”时,案件的输赢关切到当事人的评价及对经营层责任的追究,如当事人在案件中败诉并造成损失,上级机关会根据“损失”的大小来评判经营层的决策是否正确,如经营层的决策存在瑕疵,则造成的损失会成为责任追究的导火索;即使经营层的决策不存在问题,损失的结果也会给经营层造成负面评价。相反,如果诉争的当事人胜诉,胜诉结果本身即是对正确决策的最好诠释。对当事人或经营层而言,“外战”即与系统外的当事人发生的诉讼或仲裁是以“裁决结果论英雄”,该结果不仅涉及当事人的经济利益,也牵涉对经营层的评价。这样,我们不难理解为什么当事人会“重诉讼”。其实在有些诉讼或仲裁案件中,对胜诉裁决结果的追求与其说是利益之争,不如说是经营层消除责任的一种方式。既然“外战”在实质上并不总是将利益之争放置在第一位,那这种细微的差别给审查人员提供了一定的处理空间,利益的适当让渡或变相让渡换取经营层行政责任的免除或减轻,即经营层相对的“重责任、轻利益”的心理倾向给审查人员留出了得以发挥的空间。扩展开来,现实利益的让渡或变相让渡换取对“商誉”的维护,即相对的“重声誉、轻利益”在实务中被合理运用也屡见不鲜。因此,审查人员在面对纠纷时应“审时度势”。“审时”是指寻找合适的机会或时机;“度势”是指判断委托方和对方关注的不同因素。“度势”不应仅局限于判断证据和评估案件输赢,还应甄别那些可用于妥协或交换的条件并合理利用这些条件来影响争议解决方式的选择。在此意义上,作为讨价还价手段的诉讼或仲裁也是度势中“势”的一部分,在悬着的剑比落下的剑威力大时,诉讼或仲裁仅是讨价还价的筹码。实务中,在争议发生后,审查人员应该抛却“重诉讼,轻协商”的思路,摒弃“利益即经济利益”的狭隘心理,在综合度“势”的基础上,平衡当事人外在需求和心理需求在利益、责任、名誉之间的定位,完成利益的交换,争取达成多赢局面。至此,我们不难理解一种怪现象,即审查人员在诉讼或仲裁案件中胜诉,但当事人却不满意。

“内战”即系统内的当事人发生争议。内战时内部责任、领导责任的划分毫不忌讳地从台后走向了台前，其不再隐藏在诉讼或仲裁的背后，利益之争有时反而退居次要地位。系统内的“裁判”也不再拘泥于所谓的证据，“大局观”或政治因素如稳定、和谐往往占据着主要的地位，证据在这些因素面前有时会变得微不足道。共同的上级犹如一个大家庭的家长，主观上固然有家丑不外扬的观念，客观上，内部的利益的平衡因总量上不会减少则与更换一下装钱的口袋无异。再者，一个大的系统，下属企业的发展存在客观差异，优秀的、富有的企业并不总意味着经营层能力出众，而相对贫穷的企业也不必然意味着经营层能力差。决定由谁负责哪个企业的权力在于“家长”，在内战中“家长”就有了以平衡的手段来防范潜在风险的需求。实务中，审查人员在此情况下不能单纯地用法律规定和法律手段去试图解决争议，与“外战”相比，“内战”的制高点已不是证据，而是“政治”、“大局”甚至“道德”，证据的作用被削弱，甚至会被忽略。是否“胜诉”不再能用单纯的经济利益衡量，获取经济利益不一定意味着“胜诉”，同理，“败诉”并非就必然会失去经济利益。由此观之，“内战”是强者以经济利益交换人格利益的平台，是以经济利益让渡换取肯定性评价的平台。

既然已清晰了“内战”与“外战”的处理方式与结果的差异，那审查人员在应对系统内争议时应正视这种差异。首先，在观念上，对处理“内战”首先要占据政治的制高点，在不承担政治责任的前提下，不应过于纠结是否会丧失经济利益；其次，在实现手段上，不应拘泥于证据，不要被“谁主张，谁举证”的证据分配原则羁绊，更不能迷信证据的证明力会理所当然地带给你“胜诉”的结果；再次，在事实陈述方式上，要充分认识内部裁决与裁判机构裁决的不同；最后，在陈述的内容上，应立足于诸如稳定、和谐的政治高度交代事件背景、理由和后果，以期达到责任的推脱。

2. 等级秩序对合同履行的冲击与应对

等级秩序与平等观念本身就是一对相互冲突的概念，不幸的是，在等级秩序与平等观念的冲突中，等级秩序总是占据上风。等级秩序在合同签订与履行中典型的表现为“长官意志”或“领导意志”，而长官意志或领导意志既抽象又具体，抽象是指“长官”是一个群体，而具体是指在工作和生活中总能找到与“长官”相对应的具体的人。对下级而言，组织纪律要求其

必须服从"长官意志",然而,每个具体"长官"的个人好恶不同,看问题的角度不同致使得出的结论也不同,在此意义上讲,应被下级服从的"长官意志"毫无规律可循。

交易秩序需保持稳定且安全的本意要求合同必须倡导平等和严守,而等级秩序本身就意味着不平等,其讲究的是服从,而服从在实务中又表现出是无规律的服从。在合同领域,就像等级秩序总能战胜平等一样,"服从"总能战胜"严守",因此,在合同履行中,无规律的服从会对合同的严守形成致命冲击。

[**案例5-3**]甲公司在某市有若干铺面出租,经和乙公司协商签订了《房屋租赁合同》,合同约定了租金、期限和用途。合同签订后,乙公司按合同约定的用途进行装修改造,并对周边的环境进行绿化整治。租赁期间,甲公司上级单位的主要领导在路过出租铺面时看到了整治一新的餐饮店便吩咐手下予以了解。在该领导大致了解情况后指示甲公司必须限期将铺面收回。此时,站在甲公司经营层的立场,一边是自己的上级,其直接决定着对自己的评价,所以只有服从,且不敢以已签订租赁合同作为不能按时收回的理由对抗,因领导在发出指示时必然知道已经签订了租赁合同,如以此为由对抗不但不会让领导收回成命,还会引火烧身;另一边是需要且必须应该严守的合同,乙公司在承租期间没有任何违约行为,且投入了巨大的资金用于装修、改造和环境整治,如甲公司提出提前解除租赁合同不仅会使其蒙受巨大的经济损失,在道义上也说不过去。但经济损失与道义在"长官意志"面前毫无价值,最终,甲公司按照领导要求的时间强行收回了铺面。当然,甲公司付出了巨大的经济代价,但该代价的付出如能换取领导的肯定性评价在其眼中也算是"物有所值"。

实务中,审查人员在设计合同时必须要清醒地认识到无规律的"长官意志"对合同履行产生的致命影响,在选择固守平等与严守合同时,须依据自己所代表的立场,在合同模式设置、合同条款安排上应尽量为委托人留出退路,并尽量封堵相对方的退路,以便有效应对那些随时出现的"长官意志"。

第三节　诚信原则的重新审视——不诚信推定原则

一、诚信原则内涵

《合同法》第6条规定:"当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。"诚信原则要求人们在民事活动中应当诚实守信用,正当行使权利和履行义务。诚信原则作为具有法律化的道德底线,关系到一个国家,一个法律系统对人性的基本认识和态度。其在当代法律中的作用呈现出不断加强的趋势,成为整个民法领域的"帝王条款"。诚信原则是民事立法的一种价值追求,性质上具有高度的抽象性,正是这种抽象性形成了对立法滞后的有效补充,使诚信原则成为了民事法律的免疫系统,能对因新生商业活动、新型纠纷的出现而导致的空白做到有效补位,增强了合同法法律体系的生命力。[1][2]

二、对诚信原则的重新审视——独立第三方视角

诚信原则是合同法原则的灵魂,其在立法指导、合同解释、司法审判中具有无可替代的地位。但在合同审查中,审查人员应从第三方独立视角出发推定当事人"不诚信"。不诚信推定包括两个层面:一是推定委托方的不诚信;二是推定相对方不诚信。

合同条款表示出的当事人的"意思",不一定是,或不一定完全是当事人的"真实意思",甚至,合同展示的内容与当事人要达到的合同目的有可能相去甚远。趋利避害是人之本性,利用合法形式掩盖非法目的、隐瞒交易标的瑕疵等现象在合同实务中屡见不鲜。合同审查时对相对方的陈述、保证、交易标的的描述、履约方式、期限等须持怀疑态度,对委托方亦然。

---

〔1〕 李红玲:《合同法诚信原则之研究》,载《四川理工学院学报》(社会科学版)2014年2月刊,第77页。

〔2〕 [德]梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2003年版,第121-123页。

[**案例5-4**]甲公司通过受让一公司全部股权的方式取得了某市黄金地段的一宗土地的使用权,由于该宗土地上有两基塔架空高压线路,高压走廊的存在使土地利用价值大打折扣,故甲公司取得的对价相对周边地块较低。甲公司取得国有土地使用权后,通过规划调整,将高压线路迁改下地,至此,由于高压走廊的消失使该地块价值大增。后甲公司交给审查人员一份《合作开发合同》,合同约定甲公司将宗地中的一部分用于出资与乙公司合作开发,开发模式为甲公司出地,乙公司筹措资金,土地按照甲公司原始取得的价款作价。销售完成后,甲公司按固定收益获取利润。审查人员审查《合作开发合同》的过程中,对乙公司进行了调查,发现乙公司是在本市刚刚设置的公司,股东为自然人。审查人员在提出修改意见前提出了几个疑问:第一,甲公司为什么不将全部土地与乙公司合作开发,而是仅拿出宗地的一部分合作;第二,甲公司是一家具有雄厚的资金实力的央企,其不会缺少开发资金;第三,从乙公司的股东、注册资本和注册时间看,无法断定其具备丰富的开发经验,但为什么乙公司会被甲公司选为合作伙伴,并且合作的条件如此优厚;第四,从甲公司获取固定收益的条款看,合作合同名为合作,实为土地使用权转让,但转让的土地使用权位于黄金地段,高压线迁改后,土地应大幅增值,本合同约定的转让价款明显偏低。审查人员经调查,向委托方出具了备忘录,指出本次转让涉嫌触犯非法倒卖国有土地使用权罪,涉嫌国有资产流失。甲公司未采纳审查人员的意见,坚持按《合作开发合同》合作。审查人员因当时拒绝修改备忘录的意见被甲公司解聘。项目开发几年后,甲公司的总经理,因涉嫌非法倒卖国有土地使用权罪被立案侦查。甲公司与乙公司签订的合作开发合同被认定为非法利益输送。

通过案例5-4可以发现:审查人员在审查合同时,不但对相对方的陈述及提交的资料持怀疑态度,对自己的委托人,也要推定其为不诚信,然后根据具体情况进行调查分析。否则,审查人员将无法了解合同背后的事实真相,甚至会成为违法乱纪者的帮凶。

三、诚信原则在合同实务中的运用

诚实是指建立在值得信赖、真诚和为他人着想基础上对他人的外部行

为和内心活动。信用是指对这种行为的信赖。两个字加在一起的意思是指要把社会中普遍的社会道德观念融入权利中去。一方当事人有义务公平地考虑对方需要保护的权利。在具体案件的运用上,该原则不是基于一种逻辑的结果,而是基于价值的判断。因此,要想对诚实信用做出一个精确的定义也是不可能的。[1] 就是这样一个连精准定义都很困难的原则,以其无限的外延,调整着当事人的内部权利结构,鼓励着正当权利的行使,防止着权利的滥用,规制着权利的外部边界,通过发挥自身强行法的特征,界定着当事人意思表示与预期法律效果的边界。体现到合同领域,无论在法学理论,还是在合同实务中,诚信原则随着法学理论的发展和实务的需求有被具体化的倾向,其衍生出无数的变种,如合同附随义务的出现及种类的增多,但即使是这样,变种出来的规定与诚信原则的无限外延相比也仅是冰山一角。

合同是对未来交易关系的规划,与过去和现实相比未来的履约过程充满变数,这正是审查人员工作的意义所在。审查人员设计合同文本的目的是消除未来出现的不确定因素或对未来出现的不确定因素进行预先安排,而具有弹性的诚信原则在合同实务中体现出“双刃剑”的作用冲击着审查人员的事先安排,甚至让这些安排付诸东流。如在合同争议诉讼或仲裁场合,裁判者会按照诚实信用原则所体现的信守承诺、忠实不欺、公平合理的心理状态和价值准则去行为或作出裁判。诚实信用原则也给了裁判者较大的公平裁量权力,使其能够排除当事人的意思自治,而直接调整当事人之间的权利义务关系。[2] 自由裁量权可打乱当事人的事先安排,其来源于对诚信原则的解释,《合同法》第 125 条第 1 款规定:“当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定条款的真实意思。”裁判者依据诚信原则所作出的解释不仅要平衡当事人之间的利益,而且要平衡当事人利益与社会利益之间的冲突与矛盾。[3]

---

〔1〕 耿林:《强制性规范与合同效力》,中国民主法制出版社 2009 年版,第 117 – 119 页。

〔2〕 梁慧星:《诚实信用原则与漏洞补充》,载《民商法论丛》(第 2 卷),法律出版社 1995 年版,第 65 页。

〔3〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 194 页。

从以上论述中可以看出:首先,裁判过程中,裁判者适用诚信原则来解释合同条款时为“平衡当事人之间的利益”可探求当事人的真实意思,也可以“平衡当事人的利益与社会利益冲突”为名超越当事人的真实意思,换言之,裁判者可利用诚信原则来支持或否定当事人的真实意思;其次,诚信原则实质赋予了裁判者极大的自由裁量权,而裁判者自由裁量权过大使预先安排的合同权利义务体系又处于不确定状态。案件进入裁判阶段,裁判者的裁量权过大不仅会使当事人失去对裁判结果的可控性,而且,对裁判者而言,过大的权力则意味着过大的责任。实务中,审查人员的工作目的之一是确保在纠纷发生后能尽量压缩裁判者的自由裁量空间。

既然诚信原则赋予裁判者以较大的裁量空间,那签订合同时能否直接约定排除适用诚实信用原则?如不能排除,是否可对其瘦身或变更?有学者认为,在《合同法》中,诚信原则已被具体化为诚信义务,此种义务具有强行性,当事人不得约定排除诚信义务的承担,违反此义务将构成违约。诚信原则并不是法律对当事人行为的一般号召,而是要求当事人必须履行的强行性的规则。[1] 也有学者认为,《合同法》的基本原则有若干项,在是否允许当事人以约定其使用的问题上,并不整齐统一,需要类型化的分析。诚实信用原则虽然具有强行法的性格,在这一点上和强制性规定的违反禁止规则一样,但是,在一定条件下,还是可以允许当事人对其加以有效变更。[2] 在目前我国从传统的“低信任度”的社会向诚信社会转变过程中,诚信原则倡导的价值理念对建立完善我国的诚信体系具有重要作用。即使在充分尊重当事人意思自治的合同领域,对诚信原则的排除适用也是不可取的。不过在合同领域,审查人员对诚信原则可作适当的实质性变更,如提高相对方履约“门槛”或对自己应承担的义务“瘦身”。既然《合同法》对诚信义务的规定采用的是原则加具体规定的方式,那提高门槛或瘦身的针对对象应是法律的具体规定,即在不脱离法律规定方向的前提下,进一步细化,以期达到变更的目的;法律未具体规定的,应结合合同类型和权利义务的具体形态确定约定范围。

我国《民法通则》采用了单一原则型的规定,其第 4 条规定:“民事活动

---

〔1〕 王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社 2015 年版,第 190 页。

〔2〕 崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社 2011 年版,第 28 - 29 页。

应遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则”;《合同法》不但将诚信原则作为了基本原则,在具体条款上也进行了细化规定,其第 6 条规定:“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”;第 42 条规定:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:……(三)有其他违背诚实信用原则的行为”;第 60 条规定:“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”;第 92 条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务”;第 125 条则对合同解释明确了诚实信用原则的适用。如前文所述,诚信原则在法律规定中已被具体化为具有强行性的诚信义务,但被具体化的类型与实务中因诚信原则衍生的具备多样性和个案性的义务相比显然是微乎其微。同时,我们注意到,虽然诚信义务在合同法中被具体化,但这种“具体化”在实务中的操作性依然很差,如通知义务,法律并未规定通知的时间、方式和效果;保密义务,未具体规定保密的范围、时间等。这就赋予了审查人员以“提高门槛或瘦身”的操作空间。“提高门槛”是指适当提高相对方履行义务的标准,“瘦身”是指相对适当降低自己履行合同义务的标准。例如,《合同法》第 118 条规定:“当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并在合理期间内提供证明”;类似关于通知的规定,如《合同法》第 102 条、第 180 条、第 228 条、第 230 条、第 256 条等都采用的是“及时通知”的表述。那何谓及时?“及时”是指把握时机,但无论如何解释都没有一个判定何谓“及时”的统一的标准,且不同的情形、不同的主体对“及时”的认识也不同。因此,审查人员在审查合同时应对“及时”的概念按需细化为一个准确的时间点或一个时间段;再如“通知义务”中的通知,通知包括口头通知、书面通知;书面通知中有信函、邮件、公证等通知方式。审查人员在审查合同时,根据负有通知义务的不同主体,按需提高或降低通知的标准,即对委托方的义务瘦身,或提高相对方履行义务的标准。值得注意的是,无论是“提高门槛”还是“瘦身”,都仅应是从程序上改变义务的履行标准,这种改变不能实质性影响权利人应有的权利,或应将义务人履行的义务消灭,尤其在“瘦身”场合,可通过约定缩减义务人履行义务的标准,但

不能通过约定来排除义务人应承担的义务。例如,在不可抗力发生的情形,只要合同未约定排除适用不可抗力条款,负有通知义务的一方就可无限降低履行通知义务的标准,但无论如何都不能让通知义务人不承担通知义务。

第六章

合同审查的方法(上)——环节分解法

第一节　环节分解法概述

一、环节分解法的概念

合同审查的环节分解法是以拟实现的合同目的为中心,以防范风险为出发点,根据合同的具体约定,采取科学的方法对履约的各个环节予以拆分分析。目的是全面地、系统地认识拟签订的合同;识别合同模块与法律规定冲突的风险点及当事人的现实及潜在风险,并据此提出防范风险的策略,尽量使权利义务相对匹配、义务的履行与法律后果相适应。

二、环节分解法的作用

(一)有利于准确识别风险点并匹配以适当的策略

合同审查的主要目的是排除或主动设置风险,排除或主动设置风险的前提是对风险有一个相对清晰的认识。一般而言,同类型合同中当事人面临的风险有着一定的规律性或共性,但当事人性质、合同标的性质、商业背景、交易紧迫性、依赖程度等诸多不同使每个当事人面临的风险又具有个案性。环节分解可让合同审查人员对合同条款有一个全面系统的认识,了解合同签订时存在的现实或潜在的风险点,制定在谈判时使用,或拟在履行阶段使用的应对策略。

理论上讲,对合同签订时就发现的或预判出的风险可在拟订的合同条款中有针对性的约定防范措施,但合同是各方主体协商一致的结果,囿于

各方主体的认识水平、立场、强弱态势等不同使当事人不能随心所欲地将全部想法载入合同文本,尤其是弱势方更不可能。此时对合同环节分解的主要目的有三:第一,针对签约时存在的现实或预判的潜在风险,谈判时力争在拟签订的合同中约定相应的防范措施;第二,对签约时不能设定防范措施的风险,评估风险发生的概率并评估局部风险对合同目的的影响。评估可设定最坏结果的情景分析,如潜在风险会对合同目的产生致命性影响,由委托人决定是否再次协商,抑或放弃交易;第三,当事人决定签约后,对签约时不能设定防范措施的风险,力争在履约阶段解决。审查人员通过分解履约环节理顺相互制约的逻辑关系时就会找出弥补漏洞的时机。在履约阶段弥补之前的"疏漏"就是要合理利用这种制约关系,或是作为满足相对方利益需求的一种交换。

(二)有利于梳理清晰合同的逻辑关系

合同权利义务体系安排的第一要务是这种安排本身必须细致入微,不仅需要将每一项权利义务都明确化,而且是要将每一项权利义务和其他的权利义务的关系摆放清楚。环节分解的目的是在分析合同在当事人整体经济链条中的地位的基础上,透视履约中的每一个环节的安排是否正确,更重要的是梳理合同规划的整体思路是否清晰,每个履约阶段的设计,诸如相互的制约关系及反制措施的设计是否符合逻辑。

(三)有利于当事人了解合同的内容和逻辑关系

合同是当事人的合同,了解合同内容是正确履约的前提。环节分解可将合同的主要内容给委托人一个全面展现,使其能更好地了解拟签订合同的全貌。环节分解的过程也是一个向当事人交底的过程,不但利于当事人做出科学的决策,也能有效地降低审查人员的执业风险。法律作为一门学科,具有较强的专业性,合同条款是基本事实和所适用法律的结合,合同条款和合同语言的特殊含义对未经法律专业训练的当事人来讲,要做到全面、正确地理解合同内容是十分困难的。有效的环节分解,可弥补当事人专业能力的不足。分解时可将晦涩难懂的合同语言通俗化,将合同的主要内容直观化,从而有利于当事人认识到合同的关键节点和主要风险,有利于当事人的科学决策。同时亦有利于审查人员向当事人充分展现自己的水平。另外,由于当事人的决策是建立在充分了解合同内容的基础之上,

即使在履约阶段出现有悖合同目的的事项,审查人员的执业风险也被有效降低。

第二节　环节分解法的思维与使用方式

一、环节分解的思维

审查人员对合同逻辑的分析可从两方面进行:首先,从宏观层面分析具体的合同在当事人的整个经济链条中的地位,明确合同本身是作为目的存在的"目的性合同",还是作为实现手段而存在的"工具性合同"。其次,从微观层面分析具体合同体系内各种权利义务之间的制约关系。环节分解必须置于宏观层面的框架之内,即从整体上看待具体合同履行的意义,而不斤斤计较具体合同中每一项义务的履行。分解履约环节时尤其要注意"工具性合同"中当事人核心权利的实现。为此,环节分解应同时采用两种方式:第一种是,按合同的约定确定履约环节;第二种是,以可接受的实际操作环节分解履约环节。合同确定的环节,是指当事人之间签订的合同中已经约定的义务人履行义务,或权利人取得权利的时间顺序,以及顺序被打乱之后责任人的责任承担。理想状态下,当事人签约后,应按照约定的时间及顺序履行合同义务,并获取合同权利。因此,合同确定的环节也可以称为"理想的环节"。可接受的实际操作环节,是指如义务人未按合同约定的履行顺序履行自己的义务,权利人可行使诸如同时履行抗辩权、先履行抗辩权等对抗,拒绝履行自己相应的义务,但权利人行使上述权利如引起连锁反应,且会影响核心权利实现时,权利人为避免得不偿失,或从大局出发暂时放弃权利,以确保核心权利实现时可接受的实际履约环节。"合同确定的环节"是针锋相对、细致入微的理想的静态设计,其着眼点是微观的权利义务;"可接受的实际操作环节"是暂时搁置争议的一种动态的、务实的处理方式,其着眼点相对宏观。"可接受的实际操作环节"的设计是基于相对较差的情景分析,明确履约中委托方可暂时妥协的细节与目的,即通过暂缓行使非核心权利来换取核心权利的实现。

[**案例6-1**]甲公司与乙公司签订了《买卖合同》,约定甲公司在乙公司处购买水泥若干。甲公司购买水泥是为履行其与丙方签订的《施工合同》,甲公司能否按照约定时间保质保量地获得水泥制约着其与丙方签订的《施工合同》的履行。此时,站在甲公司立场从宏观层面观察,《买卖合同》是作为顺利履行《施工合同》的手段存在,《买卖合同》制约着《施工合同》,从微观层面观察,制约甲公司取得水泥的因素既有乙公司的原因如乙公司未按时发货,也有甲公司的原因如甲公司未按时支付货款。于具体履约中,制约因素又表现为相互制约,如乙公司未按合同约定向甲公司提供发票,甲公司有理由拒付货款,而乙公司会以此为由拒绝发货。从事物本身的是非曲直看,乙公司的理由不成立,但从实质效果影响看,乙公司不发货会给甲公司造成连锁反应。无奈之下,甲公司为实现"取得水泥"的核心权利,在乙公司未开发票的前提下支付货款。"应有的环节"分析是在签约阶段,按照正常的逻辑关系确定相互制约的因素,安排合同条款。"实际操作环节"是在履约阶段,抓主要矛盾而暂时性忽略细节的无奈之举。

二、环节的分解方式

环节分解方式可采取按时间顺序、风险节点、当事人需求的分解方式。按时间发生的先后顺序分解,可明晰权利的享受与义务的承担之间的关联关系和制约关系,明晰义务在未得以全面履行时可采取的对抗措施与相对应的法律后果,通过拟实现的合同目的来推导整体和局部的制度安排是否合理,是否符合逻辑。按时间顺序分解包括常规分解和倒置分解。常规分解是完全按时间发生的先后顺序安排义务履行期限和应具有的期待效果,倒置分解是从结果事件的出现为标志反推义务的履行期限和要求,并根据反推结果,确定履行的时间计划和阶段性效果计划。按时间顺序分解包括对委托方的环节分解与对相对方的环节分解。对委托方分解的目的在于确保其能及时、充分取得期待权利,准确、及时、全面地履行合同义务,保证不违约;对相对方的环节分解是为能及时发现对方履行义务的行为是否符合合同约定,如符合,从策略考量是否满足其期待的权利,如不符合,委托方可行使何种抗辩权来对抗,或决定是否暂时性忍让。

风险环节节点分解法是将所签合同中已知的风险点及合同进入履约阶段可能发生的潜在风险点进行梳理,并事先制定防范策略。风险环节节点分析应采用复合方式,即将致命性风险作为第一层级,非致命性风险作为第二层级。致命性风险是指可能使合同目的落空的风险;非致命性风险是指能够实现合同主要目的,但在完整性上存有一定缺陷的风险。既然致命性风险影响到合同目的的实现,在当事人决定签署合同时,审查人员应合理安排合同条款,设置严密的救济措施,确保在潜在风险演化为现实风险时能降低损失,从正、反两方面来降低风险引发的概率。同时,预判履约阶段可能出现的状况而有针对性地做出应急处置方案。非致命性风险虽不影响合同目的的实现,但依然会对当事人的完整性权利构成冲击,审查人员需在确保其不影响大局的前提下,灵活制定并实施防范措施。风险环节节点分解既要分解委托方面临的风险,也要分解相对方面临的风险。分解委托方的风险节点是为预先防范,力争在履约中保持主动,不扩大风险范围和损失;分析相对方的风险节点是为了预判对方可能采取的对策,并有针对性地做出策略调整,避免委托方陷入被动地位。

需求分解是指以“合同目的”或“核心权利”为中心,将实现合同目的或核心权利所应必备的要素及相互的制约关系分解。需求分解的步骤是:需求确定—满足需求的要素的展开—策略制定。需求分解时可分为最理想情景和最差情景进行分析,最理想情景的分解是假定合同顺利履行时,当事人的合同目的能否完整实现,如不能完整实现则反推合同体系的设计漏洞,在签约时弥补;如合同已签订,或未能与相对方协商一致,择机在履约阶段弥补。最差情景分解,是假定相对方未完全按合同约定履行,从签订和履行合同的必要性分析实现合同主要目的的最低限要求,确定在履约阶段可妥协的方式和限度。需求分析可采用复合体系,第一层级是事关合同目的实现的核心权利的取得及制约要素;第二层级是非核心权利或筹码权利的取得及制约要素。

三、环节分解的适用范围应用范例

环节分解法一般应用在权利义务较为复杂,或在签约时不确定因素较多,履约时潜在风险较大的合同。

[**案例6-2**]某市在招商时引进了甲公司,项目经立项批复后,甲公司和市政府签订《招商引资协议》,约定由政府负责协调国土部门出让一宗土地给甲公司。协议签订后,甲公司考虑到自身不具备开发能力和经验,决定将拟取得的土地使用权转让,于是与乙公司签订了《合作开发协议》。鉴于合同交易标的大,权利义务复杂,不确定因素多,乙公司和甲公司在确定交易模式前聘请律师进行专项服务。受聘律师接受委托后,经过尽职调查发现有几个可能对合同履行产生致命性影响的问题:第一,甲公司在签约时并未取得宗地的国有土地使用权,合作的标的能否取得存在不确定性;第二,签约时,仅明确了土地位置,但针对具体事项,如宗地具体面积、代征地比例等均不清楚,甚至对于土地用途也仅是甲公司自己描述;第三,甲公司业务复杂,其不同意采用乙公司受让甲公司股权的方式变相取得该宗土地的使用权,甲公司同意乙公司组建项目部,并以项目部的名义开发;第四,土地出让金和政府要求缴纳的征地费用等由乙公司代甲公司垫付;第五,甲公司属于民营性质,乙公司股东是某国有性质公司的职工、高管亦来自国有公司;第六,根据甲公司描述,交易土地价格较为低廉;第七,甲公司在签约时提出让乙公司配合的避税要求;第八,甲公司在合作中表现相当强势,不容更改其之前提出的交易模式,其拟订的合同条款修改难度巨大;第九,乙公司对该宗土地势在必得;第十,乙公司负责具体事项的经营层均未做过房地产项目。律师根据调查,结合甲公司提供的合同版本,向甲公司出具了一份环节分解表。

甲公司与乙公司合作开发房地产项目所面临的风险及对策分析表

合作阶段 风险及对策	风险	对策	备注
1.《合作协议》的签约主体资格	1.根据《房地产开发资质管理规定》的规定,未取得开发资质等级证书的企业,不得从事房地产开发经营业务,本次合作中,甲公司现经营范围中没有房地产开发,不具备开发资质,而项目开发尤其是前期开发主要是以甲公司名义进行,因此,如甲公司最终没有取得开发资质,整个项目将无法运作; 2.甲公司在取得《合作协议》项下的土地使用权后可以办理《暂定资质证书》,但该资质的开发规模受到一定限制,其仅能开发建筑面积25万平方米以下的开发建设项目。	1.在合作协议中明确由甲公司办理扩大公司经营范围的变更登记,并取得房地产开发资质; 2.法律规定一级资质承担的建设项目规模和地域不受限制,但一级资质的取得条件十分严格,甲公司在近期难以取得一级资质。因此,对于项目合作土地只有约定分期开发,这在实践中也比较普遍。	除取得一级资质等级证书的房地产开发企业在开发规模上不受限制外,其他包括二级及二级以下的房地产企业其开发规模均为25万平方米以下,因此取得《暂定资质证书》的开发企业可以开发的规模与二级及二级以下的房地产企业的开发规模没有实质区别。
2.合作协议效力、项下标的物的不确定性	1.合作开发属于土地使用权转让的特殊形式,土地使用权转让应符合法定条件,因此,现在签署的《合作协议书》属于效力待定的协议; 2.现在签署的《合作协议》中涉及的宗地具有不确定性,其面积、代征地等均无法确定,这直接影响到土地尤其是净地的价格、土地出让金的多少和预期利益,直接影响转让金额。	1.土地交付后尽快进行开发,尽快达到土地转让的法定条件; 2.在《合作协议》中确定土地面积增减、代征地比例的变化的处理原则和方式,在发生变化后依据《合作协议》确定的原则和方式进行处理。	土地使用权的法定转让条件为:第一,交纳完毕土地出让金和税费,取得土地使用权证书;第二,已投入25%的开发资金。

续表

合作阶段风险及对策	风险	对策	备注
3. 甲公司能否合法地从国土管理部门受让土地	1. 根据2002年7月1日生效的国土资源部第11号令及2004年3月,国土资源部、监察部联合下发的第71号令的规定,商品房类的经营性用地只能通过招标、挂牌、拍卖的方式出让,因此,甲公司能否取得合作项目土地存在不确定性; 2. 即使甲公司可以取得合作项目土地,如其中存在其他非法交易因素等,其势必使乙公司面临到一定的政治风险、经济风险。	1. 在乙公司未确认甲公司和国土部门签订《国有土地使用权出让合同》前,不垫付土地出让金及征地费用,不向甲公司公司支付任何其他款项,如预期利益转让款; 2. 在甲公司取得《合作协议》项下的国有土地使用证后尽快组织资金进行开发并以最快的速度完成销售。甚至不排除使用其他预先锁定资产的手段。	
4. 乙公司垫付土地出让金及征地费用	乙公司垫付土地出让金和征地费用的性质在法律上属于企业之间的拆借行为。根据我国法律、法规的规定,企业之间的相互拆借属于非法金融活动,是被法律、法规所禁止和取缔的,但近年来,司法实践的处理与以前有较大区别。以前的判决在认定拆借无效的前提下,对于约定的利息予以收缴,对出借方予以罚款,现在的判决虽然认定合同无效,但对于约定的合理的利息可以支持且不再对出借方进行罚款。	1. 明确如甲公司不能取得《合作协议》项下的国有土地使用证时应向乙公司返还垫付费用及利息并承担违约责任的法律后果。 2. 在甲公司取得国有土地使用证后,乙公司作为借款人以最快的速度将土地抵押给金融机构,向银行或其他金融机构贷款,筹集建设资金,办理抵押登记,变相锁定土地使用权的归属。	银行放贷具有一定要求,在仅有土地使用权证的情况下,要提前和金融机构沟通,如存在难度,可以考虑委贷或由内部财务公司办理。

续表

合作阶段风险及对策	风险	对策	备注
5. 国有土地使用证的具体办理、领取及甲公司取得国有土地使用证后恶意违约	1. 国有土地使用证的办理需要提交交纳土地出让金凭证和出让合同原件,如甲公司不配合,则无法办理土地登记并取得国有土地使用证; 2. 考虑到拟交易土地价格偏低,必须防范甲公司在取得国有土地使用证后恶意违约,不履行《合作协议》; 3. 甲公司在取得国有土地使用证后进行抵押贷款或为他人贷款提供担保(为乙公司提供担保除外),或因其他债务被查封。	1. 由甲公司出具不可撤销的委托书,委托乙公司办理土地登记,领取国有土地使用证,值得注意的是,授权是单方行为,即使明确不能撤销,如甲公司试图违约,其一样可撤销授权; 2. 合同签订后,乙公司在交纳土地出让金前要求甲公司提交出让合同原件,否则不予交费,在交纳土地出让金后保留缴费原件; 3. 通过设定严格的违约责任条款预防甲公司恶意违约。	1. 和颁证的国有土地管理部门保持良好的关系,随时追踪国有土地使用证的办理情况,必要时可以委托中介机构代为处理。 2. 甲公司在取得土地使用权证后,如出现恶意违约迹象,应立即启动诉讼程序,申请法院对交易土地使用权进行保全,拖延甲公司另嫁他人的时间,同时确保垫付的费用安全。
6. 甲公司通过挂失方式重新补办《合作协议》项下的国有土地使用证	国有土地使用权的转让属于要式法律行为,在使用权人没有变更前,《合作协议》项下的国有土地使用权在法律上属于甲公司所有。甲公司将国有土地使用证交付给乙公司或项目部后,其完全可以采取挂失的方式重新领取国有土地使用证,如其挂失、补办后用于其他任何用途,甲公司都将十分被动。	1. 在《合作协议》明确甲公司不得挂失、补办; 2. 乙公司在取得《合作协议》项下的国有土地使用证后以最快的速度办理抵押贷款并到国土部门备案,使甲公司办理挂失、补办丧失意义。	甲公司在领取国有土地使用权证后,随时和国土部门保持联系,掌握土地相关情况。

续表

合作阶段风险及对策	风险	对策	备注
7.《合作协议》项下的国有土地使用权的配套、拆迁安置、土地用途的不确定性	1. 签订《合作协议》时土地用途并未明确,如不能进行房地产开发时,乙公司无法实现合同目的; 2. 如拆迁安置不能按期完成将直接导致土地无法交付,这将直接影响项目开发进度; 3. 甲公司取得国有土地使用证后,如配套不完备将直接影响土地交付的时间,如土地不能按期交付将直接影响项目的开发进度; 4. 合作协议项下土地位于××遗址旁,其地下埋藏物不清,如经过考古发现文物或遗址,会影响项目开发进度,甚至无法开发。	1. 甲公司与国土部门签订的土地出让合同会明确土地用途,因此,如发现甲公司受让土地并非用于商品房开发,乙公司应不确认、不垫付、不交纳任何费用,并追究甲公司的违约责任; 2. 配套和拆迁属于政府行为,但征地费用和配套费的及时缴纳十分关键,由于缴纳主体是甲公司,政府不接受委托支付,因此,在操作中要防范乙公司将上述款项划至甲公司后,甲公司挪作他用或迟延缴纳; 3. 甲公司受让土地发现文物或遗址应属于不可抗力,但应在合同中细化出现此类情况的处理原则、程序及法律后果。	协议中应明确合同签项下的标的能用于商品房开发是双方合同合作的根本目的。
8. 开发资金不到位导致土地闲置	《合作协议》项下的土地开发费用应由甲公司承担,如其资金出现问题可能导致土地闲置。理论上,国土部门将收取出让金20%的土地闲置费,超过两年的,国土部门有权无偿收回土地使用权。上述情况面前较为宽松,但无法预测未来的执法力度是否会强化。	1. 乙公司应筹集必要的开发资金,保证开发资金到位; 2. 在领取国有土地使用证后尽快办理抵押贷款,除变相锁定权属外,取得开发资金。	

续表

合作阶段风险及对策	风险	对策	备注
9. 取得的规划条件存在不确定性	在签订国有土地使用权出让合同时,出让合同中应明确了一些规划指标如土地用途、主体建筑物性质、容积率、建筑密度、建筑限高等有相应的规定,但在我国法律、法规的执行存在相当问题的时候,规划设计条件往往和国有土地使用权出让合同的约定存在一定差异(实践中存有此种情形),因此,规划设计条件的不确定性使乙公司承担了一定的风险,即如《合作协议》项下的土地不能进行商品房开发,则乙公司无法达到签订《合作协议》的目的。	1. 在《合作协议》中明确项下土地均可以进行商品房开发,协调义务应由甲公司负担,否则甲公司应承担违约责任; 2. 乙公司在签订本协议前应到规划部门查阅城市详细性规划; 3. 在国有土地使用权证办理完毕后,如政府变更规划应属于不可抗事件。	
10. 项目开发过程中项目部的失控	项目部在法律主体上属于甲公司的内部机构,如在开发过程中,甲公司撤销项目部或收回项目部公章、注销项目部账号等,乙公司将失去具体开发项目的平台,项目的运作将无法顺利进行。	1. 在《合作协议》中明确在项目开发完毕前甲公司不得撤销项目部、不得收回项目部公章、不得注销项目部账号及甲公司违反约定的严格的法律责任; 2. 在具体操作过程中取得甲公司对项目部的具体授权,将《合作协议》中约定的项目部的权利范围通过甲公司书面授权的方式使项目部可以独立对外签署相关法律文件和签订相关合同,且乙公司应尽量扩大项目部独立签署法律文件和合同范围。合同中虽可作如此约定,但不能阻止甲公司对项目部的处置。	

续表

合作阶段 风险及对策	风险	对策	备注
11. 项目开发过程中甲公司资信情况变化的影响	在具体开发过程中如甲公司资信状况恶化,因其债权债务的原因可能导致开发土地被查封、甚至被拍卖偿债。	1. 在签订《合作协议》时要求甲公司承诺在取得国有土地使用证后,以该证为乙公司贷款提供抵押,并在合同签订时,让甲公司出具配合文件(按金融机构要求); 2. 在符合法定条件时根据具体情况办理项目转让; 3. 乙公司控制支付转让款的时间,即设定标志性阶段成果,在成果实现后分阶段支付。	
12. 项目开发过程中项目转让的法定条件及不具备条件的法律后果	1. 在具体开发过程中如发生纠纷且《合作协议》的履行阶段不符合项目转让条件,将对《合作协议》的效力产生影响; 2. 项目转让过程中涉及大量合同,如设计、施工、监理、物资采购,如届时上述合同的相对方趁机提高要价或附加其他条件,乙公司利益势必受损。	1. 加快项目开发进度,争取早日符合项目转让条件; 2. 乙公司应尽快办理房地产开发资质; 3. 以在甲公司名义签订设计、施工、监理、物资采购合同时明确项目主体发生变更后的处理原则。	项目转让条件包括四个方面:第一,取得了国有土地使用证;第二,转让方和受让方均具有房地产开发资质;第三,项目转让应由原立项等批准部门备案;第四,转让项目已经完成一定投资,一般为25%(不含土地转让金)。
13. 项目开发过程中甲公司违约	在项目具体开发过程中甲公司因人员变动和其他原因恶意违约	1. 加快项目开发进度,争取早日符合项目转让条件,届时,即使双方没有办理变更登记,甲公司要求确认《合作协议》无效的诉请也不会被支持; 2. 细化违约责任条款,加大违约责任,致使甲公司不敢违约。	司法实践中如项目转让方以没有办理项目手续的变更登记为由要求确认转让无效或要求解除合同的,法院一般不会支持。

续表

合作阶段风险及对策	风险	对策	备注
14. 项目开发过程中甲公司的配合义务	在项目具体开发过程中需要甲公司盖章确认的文件较多,如甲公司不配合,项目将无法运转,具体包括:立项备案、取得建设用地规划许可证;建设工程规划许可证;施工许可证;签订设计合同、施工合同、监理合同、物资供应合同、融资合同、办理竣工验收、规划验收等。	1. 在《合作协议》中明确在需要甲公司盖章确认文件时,甲公司仅作形式审查,并明确甲公司盖章确认的时间和未完成配合义务的责任承担; 2. 在违约责任条款中细化违约条款,明确甲公司不配合的违约责任; 3. 合同协议中约定,在项目部成立后,要求甲公司为项目部刻一枚公章,一些小型的不需要备案的合同可以用项目部公章签订,减少使用甲公司公章的次数。	
15. 项目开发过程中因资金不到位导致项目无法正常运转	在项目具体开发过程中如建设资金不到位可能导致工程停建,甚至成为烂尾楼,同时如不能及时支付施工单位的工程款可能导致拖欠民工工资,甚至引发社会突发事件。	1. 在项目开工前落实建设资金; 2. 以项目土地作为抵押进行融资; 3. 符合预售条件时,及时办理预售争取提前回收资金用于工程建设。	
16. 项目开发过程中的项目融资	在项目具体开发过程中可能涉及融资,从广义讲融资包括以下几个方面:第一,以项目作为抵押到银行贷款;第二,房屋预售收入投入项目建设;第三,要求施工单位垫资。但无论采取上述任何形式均需要甲公司配合。	1. 在《合作协议》中明确在需要甲公司盖章确认文件时,甲公司仅作形式审查,并明确甲公司完成配合义务,盖章确认的最长时间; 2. 细化违约责任条款,在违约条款中明确甲公司不配合的违约责任; 3. 如在开发过程中完成项目转让的变更手续,上述问题将不复存在。	要求施工单位垫资是被法律所禁止的,但在实践中一些没有实力的开发商往往通过签订阴阳合同的方式达到要求施工方垫资的目的,但一旦发生纠纷将对建设方十分不利。建议乙公司不考虑让施工单位垫资,或确定具有长期合作的施工单位施工。

续表

合作阶段风险及对策	风险	对策	备注
17. 项目开发中的资金监管	项目部在法律主体上属于甲公司内部部门,如开发资金、销售收入等放在项目部,项目部的资金有被冻结甚至偿债的风险。	无论是开发资金还是销售收入均不应放在项目部账上。在需要支付给施工单位等的款项时,由项目部书面委托乙公司或乙公司可以控制的单位支付。	采取上述方式需要会计进行适当处理,并完善相应手续。
18. 项目开发中的房屋预售及销售	办理房屋预售、销售手续需要甲公司配合,如其不配合,则导致预售、销售手续无法办理,开发的房屋无法完成销售。	具体对策参见第14项。	
19. 项目开发过程中的税费处理	1. 鉴于乙公司具体负责项目开发并收益,因此,开发过程中发生的税费应由乙公司承担(甲公司收取预期利益转让款所涉及的除外); 2. 项目转让过程中将涉及一定的税费,根据法律规定,应由转让方和受让方和受让方分别承担; 3. 项目开发过程中均以甲公司的名义对外报建、办理规划、签订合同等,其所发生的费用不能进入乙公司的成本,因此,在项目开发完毕,乙公司的收益面临巨额税收(实施项目转让除外)。	乙公司应尽快建立财务账册,将必要费用进行合理处理,以期届时减少收入额度。	
20. 项目开发完毕的权属证明的办理	办理项目房屋大产权登记、国有土地使用权总登记和房屋产权、国有土地使用权分户登记均需要甲公司的配合,如甲公司不予配合,包括盖章、提交资料等,则无法办理上述权属登记手续。	1. 在《合作协议》中明确在需要甲公司盖章确认文件时,甲公司作形式审查,并明确甲公司盖章的最长时间; 2. 在违约条款中明确甲公司不配合的违约责任; 3. 如在开发过程中完成项目转让的变更手续,上述问题将不复存在。	

续表

合作阶段风险及对策	风险	对策	备注
21. 在乙公司的人员任职情况	乙公司的高级管理人员基本由××公司的在职领导担任。也就是说,乙公司与××公司在人员上具体有一定关联关系。在项目开发过程中,如不能规范相应的关联交易,不能加强投资管理或财务管理,乙公司一旦出现投资失误,造成损失,可能会产生不好的影响。	1. 尽量规范关联交易,加强乙公司的投资管理和财务管理; 2. ××公司不得向乙公司拆借资金,不得为乙公司融资提供担保; 3. 乙公司的管理不应纳入××公司对下属企业的管理范围。	
22. 乙公司的股本构成情况	从乙公司的股本构成情况看,该公司属于××公司职工集资入股成立的公司,公司的实质股东人数众多,因此,乙公司一旦出现投资失败的情况,将严重影响投资人的信心,甚至会发生不可控的事件,乙公司的高管人员也难逃干系。	1. 在对外投资时应做好可行性报告,做好投资风险及收益分析,在决定投资的初期,重点关注投资资金的安全; 2. 必要时可以召开临时股东会,将重大投资事宜交由股东会讨论通过,这样集思广益,公司高管人员可以在一定程度上减小承担投资失误的责任; 3. 签订的合同本身是静态的,合同条款的拟定应具备一定的前瞻性,但合同的履行是动态的,在履行过程中难免发生在签订合同时无法预见的情况,因此,加强履约控制同样是防范风险的一项重要举措,必要时乙公司可以聘请专业的中介机构予以协助工作,防范风险。	

第七章

合同审查方法(中)——诉讼倒置法

第一节　诉讼倒置法概述

一、诉讼倒置法的概念及观察视角

(一)诉讼倒置法的概念

诉讼倒置法,是指在审查合同时,审查人员模拟自身处于诉讼的双方,就所签合同和履行中可能发生的纠纷,虚拟诉讼过程,从裁判者的中立立场推导合同条款是否严密,是否可以作出与委托方合同目的相悖的其他解释,能否得出对委托方有利的唯一性结论。合同是各方当事人讨价还价的过程,诉讼也是讨价还价的另外一种形式,只是在诉讼中会引入公正第三方来评判黑白是非。诉讼倒置法要求审查人员具备委托方、相对方和法官的三方视角,通过模拟诉讼的形式反推合同条款的设置是否合理,以及在履约阶段应注意如何收集有利证据,并阻碍相对方收集对委托方不利的证据。

诉讼倒置法的实质是应对最差情景的分析。审查人员假定相对方违约,或委托方违约而引发诉讼后,委托方和相对方会如何提出请求、站在自利的立场会如何解释合同条款的约定、审视合同条款中是否存有遗漏、如有遗漏究竟对哪方不利、如对委托方不利应如何修改措辞或填补、合同条款须何种证据支撑才能真实反映委托方的意思。然后站在中立的立场,判断自己与相对方的说法哪个更应获得支持。使用诉讼倒置法的目的是查找合同约定中对委托方不利的漏洞和语言表述中与委托方真实意思之间

的差别。

(二)三方视角——对打有准备之仗中的"准备"的内涵的诠释

1. 委托方的视角——站在委托方立场做最坏情景分析

当事人签订合同的目的是顺利履行合同,实现合同目的,但合同能否顺利履行依赖于动态的变化是否会超出合同各方当事人的预料范围。因合同纠纷引发的诉讼或仲裁屡见不鲜,审查人员固然要随时准备着应对诉讼或仲裁,但最好的应对是避免诉讼或仲裁的发生。在此过程中,审查人员需处理好"坚持"与"妥协"、"团结"与"斗争"的关系,而这一切的基础都源于"实力"。对于具体合同,审查人员增强实力的手段是围绕着委托方的合同目的实现做出各种"准备"以应对随时可能发生的意外。准备应以合同目的和核心权利为纲,结合易发生的诉讼爆点,模拟委托方在面对最坏情景时会提出何种诉讼请求,并分析支持该请求所应有的有效证据,进而判断在委托方提出请求后,相对方会以何种理由应对,使用何种证据予以反驳,相对方的理由是否成立,反驳的证据是否有效,相对方如何获得这些证据,最后,还应当分析,若相对方的理由成立,委托方如何弥补漏洞,或者如何选择有利于己方的妥协方式。

委托方在提出请求时应提交支持自己的请求或抵消相对方请求的证据。明确履约控制时应主动收集的证据类型,对于关键证据应预判其应有的证明对象并在履约中按照既定的策略固定证据内容。诉讼中并非是将所有的证据一股脑地提交到法庭,实践中由于参诉人员的认识问题,存在自己提交的证据却对自己不利的情况。在诉讼启动前审查人员会对证据进行梳理决定取舍,但诉讼启动前已形成的证据相对具有不可逆转的特性,为避免出现亡羊补牢的局面,对涉及关键权益的证据应事先明确所形成证据的取舍。在举证收集的时机把握上,审查人员应预判委托方证据的来源,区分自身收集和需要相对方配合才能收集的不同情况,如需要相对方配合应明晰提出配合请求的时间节点,对相对敏感的证据可使用"温水煮青蛙"的方式收集,以避免引起对方警觉。

2. 相对方的视角——站在相对方的立场做最坏情景分析

围绕着相对方签约的合同目的和核心权利,结合易发生的诉讼爆点,判断在委托方违反合同约定时,相对方会提出何种请求,并预判相对方支

持自己请求的证据。判断相对方的请求是否成立,委托方应如何反驳,如何收集证据应对。如委托方不能有效应对,应如何加强履约控制予以反制,或采取何种适当的手段妥协。

相对方无论是主动提出诉讼请求,还是否认委托方的诉讼请求均需提交证据。在涉及关键权益时,审查人员需预判相对方针对委托方提交的证据能提出何种证据予以抵消,或会采用何种解释方式诱导裁判者对证据证明力做出判断。在预判的基础上,修正委托方取得证据的方式和内容。如判断相对方能提交证明力高于委托方证据证明力的证据,委托方应选择如何妥协避免诉讼,或如何阻碍相对方取得类似证据使委托方在诉讼中保持优势地位。实践中,当事人收集证据的方式众多,除常规手段外,还可以利用中介机构如会计师事务所发送对账通知、审计机构发送询证函、律师发送函件,或自行以普通商业信函的方式以获取对方的回复,有些当事人的部门管理条块分割,有关部门不会引起警觉而视为一般性的配合义务加盖公章或"礼貌性"回函,殊不知这恰恰会被对方利用。更有甚者,在收到对方回函后再添加内容。

3. 裁判者的视角——站在中立的立场做最坏情景分析

审查人员通过模拟委托方和相对方双方的对抗方式审查合同条款是否存在漏洞。模拟对抗主要是结合拟签订的合同条款,站在相对公正的立场模拟合同条款的解释、推导合同目的,寻找对委托方不利的合同漏洞,并关注相应的制约关系与前后合同条款的一致性。模拟委托方如取得有利结果应具备的条件,应取得的证据。模拟相对方取得有利结果可能采用的表述、解释方式和可能使用的履约控制手段。实务中,在采用诉讼倒置法审查合同时不应自欺欺人地有意低估相对方的水平,然后,以此为据,站在裁判者的立场,想当然地推演其应有的立场和推论方法。如此推演,因其有意低估了相对方的水平,推演的结果将会失真。在实务中,值得注意的是,裁判者会"居中裁判"仅是一个制度上的假设,一个应有公平正义价值观的群体或机构参与纠纷的解决,但具体案件的处理并非是依托群体,而是由裁判者个人作出裁决。更为关键的是裁判者在裁判过程中充当的并非是"自动售货机"的角色,地域因素、裁判者自身的文化修养、价值观差异都会影响到裁判者的判断,实务中,诉讼管辖地的约定考虑的不仅是节约

诉讼成本,还包括对相对方心理的震慑,使其在启动诉讼时顾及可能存在的这些影响。

(三)三方视角下的合同语言——歧义的克服与放任

合同语言是当事人权利义务的外在表现形式,是当事人真实意思的书面表示。语言的自身特性决定了无法从根本杜绝歧义的产生,当然在签约时也不排除故意使用有歧义的合同语言。[1] 审查人员在斟酌合同语言时,尤其是关系到合同目的、核心权利所使用的语言时应反复推敲,站在不同的立场,结合行业特点、具体语境判断合同语言会作出何种解释,并判断哪种解释更为合理,若使用的合同语言能做不同的解释,且相对合理的解释于委托方不利时应如何修订。如委托方因妥协原因故意使用有歧义的合同语言,或相对方为达成交易而故意使用有歧义的合同语言时,审查人员应有针对性地收集证据,力争在履约阶段让证据消除合同语言的歧义。

二、采用诉讼倒置法的意义

(一)换位思考——明晰合同各方当事人的真实意思

理不辩不明,诉讼倒置法是审查人员站在不同的立场展开的自己与自己的辩论。不同立场的辩论本身就是换位思考的过程,而换位思考能避免一叶障目、自说自唱。合同行为虽非战争,但一样需要"知己知彼"。换位思考,推导相对方的"真实意思"本身是一个"知彼"的过程。实践中,签订的合同在客观上可能会实现双赢或多赢的结果,但这并非总是会纳入合同一方当事人主观考量的范畴,也就是说,合同一方当事人签订合同的动机是为自己获利,其考虑的是能否实现自己的合同目的,至于相对方到底是出于何种目的签订合同,其能否获利、如何获利并不总在自己的思考范围内。更为致命的是,合同虽是各主体意思表示一致的结果,但通过合同文本表示出来的"真实意思"往往与当事人的"真实意思"并不一致。之所以造成这种局面,可能是当事人"围魏救赵"的策略考量,也有可能因当事人的认识能力、交涉能力、表述能力有缺陷造成的。当事人未表示出来的"真实意思"虽不会发生法律效果,但却会影响到合同的履行。审查人员换位

---

[1] 项之能、李恒根:《如何对合同进行有效审查》,载《天然气经济》2005年12月刊,第58页。

思考探究相对方的"真实意思"是为了判断其是否"心口如一",若甄别出相对方的"真实意思"与"表示出来的意思"存有差异,则须进一步判断形成差异的原因,判断相对方是否在为委托方设定陷阱,并有针对性地制定防范策略。

（二）有的放矢的收集证据——随时准备着解决纠纷

勇于面对纠纷才能解决纠纷,但勇于面对并不能仅仅停留在口头上,其必须有充分的支撑。在合同领域,既然纠纷的发生无可避免,理想的效果是能够"打赢",诉讼倒置就是为打赢所做的事先准备。诉讼倒置法通过模拟诉讼中的证据提交、质证,能让审查人员明晰在履约阶段委托方应收集的证据类型,尤其在正常收集资料的同时注意有的放矢地收集有利于委托方的资料。通过模拟证据质证,能预判相对方要求的资料如来函或要求签署某些文件的真实意图,进而判断相对方下一步可能选择的解决方式,并决定是否满足相对方的要求,或提出相对应的条件打消其采取进一步行为的念头。值得注意的是,"事先准备"是预防诉讼或仲裁的有效手段,正常情况下,启动诉讼或仲裁必然伴随着一定的利益诉求,启动方寄希望于公正第三方能满足自己的利益,但诉讼或仲裁固有的诸如中断交易、增加交易费用、败诉等风险会使启动方在启动前详细评估。而充分的"事先准备"会动摇相对方的决心转而寻求协商妥协的方式来消弭争议。

（三）积累诉讼经验——通过演习强化能力

审查人员诉讼经验的积累、诉讼技巧的掌握,有利于提高其审查能力,但无论是经验的积累,还是技巧的提高都需参与到诉讼或仲裁中去,但审查人员的职责是防止诉讼的发生,又囿于"合同常有,诉讼不常有"的状态,使审查人员没有机会真枪实弹地参与到无休止的诉讼或仲裁中去以提高自己。如审查人员每次审查重要合同时采用诉讼倒置法,其犹如经历一次诉讼,不仅会强化熟悉实体法和程序法的规定,更重要的是对经验的积累和技巧的提高大有裨益。

三、使用诉讼倒置法的思维——正视与利用法律对谎言的支持

（一）裁判结果与谎言

保护交易安全、维护交易秩序是《合同法》立法的应有之意,但从证据

的角度讲,法律在一定程度上会支持说谎者,且法律对谎言的支持与保护交易安全、维护交易秩序的立法价值并不相悖。

[**案例7-1**]甲在乙处借款若干现金,乙考虑到双方关系良好,未签署借款合同,也未让甲出具书面借据。借款到期后乙催促甲归还借款,而甲拒不承认借款事实诉至法院,由于乙无法提供任何证据证明借款关系成立,法院裁定不予立案。

[**案例7-2**]甲在乙处借现金若干,双方签署了借款合同,约定了支付借款的日期,乙在把现金交付给甲后,乙没有要求甲出具收据。后甲未归还借款,乙催促无果诉至法院。法院受理后,甲承认双方签署了借款合同,但却声称乙未履行借款支付义务。乙因无法提供其他证据证明其将合同约定的借款支付给甲,最后法院判决乙败诉。

在案例7-1与案例7-2中,事实真相都是乙借款给了甲,但由于乙无法提供履约证据,只能承担败诉结果,从这个意义上讲,法律支持了说谎者。这也从侧面印证了裁判过程虽应探寻事实真相,但判决结果本身与事实真相并非存在必然联系。

(二)说谎与谎言的揭穿——审查人员对裁判空间的适当利用

既然裁判者是事后介入纠纷就注定其具有无法克服的局限,正是这种局限留给了优秀诉讼人员工作的空间。纠纷演变为诉讼或仲裁后,审查人员通过收集、组织证据,对业已形成的合同状态予以合理解释,引导法官思路,至于提交的证据证明的是不是事实真相,是不是当事人的真实意思,已非重点。需引起关注的是,考察一个诉讼人员是否优秀,排除案外因素,主要看其收集、安排、组织、取舍证据的能力,尤其是对证据的取舍能力。实践中,在诉讼或仲裁中经常会出现这样一些现象,明明是一方提交的证据却被对方利用,导致不利于提供者的后果。既然合理使用证据体系决定一个诉讼人员的优劣,那接下来解决的问题是证据的来源。“巧妇难为无米之炊”,无论审查人员对证据体系的处置能力多强,但如果没有证据,或没有适当的证据则无从评判其强弱与优劣。诉讼倒置就是避免“无米”状态的出现,避免出现那些已经成为既成事实的且对委托方不利的证据。诉讼倒置是基于合同目的,假定最激烈的对抗方式预判履约环节中可能出现的

意外情况,在此基础上决定收集何种证据,并决定证据如何取舍。利用证据掩盖不利于委托方的事实真相,也是利用证据揭穿相对方谎言。当然,这些仅是一种思维方式,而无关价值判断。

(三)诉讼能力与合同审查能力

诉讼或仲裁属于诉讼业务,合同审查归为非诉讼业务。优秀的诉讼人员不一定是合格的审查人员,但一个合格的审查人员一定是一个优秀的诉讼人员。合同审查的目的是排除或主动设置风险,排除的风险不仅是合同内容本身的风险,更重要的是排除系统性风险,其对规则的关注已超越了单纯的法律规定的范畴,对责任承担主体的关注超越了签约主体的范围,审查人员在开展工作时不仅要关注当事人的经济利益,还需关注当事人及经营层的人格利益,审查人员在讨价还价时并不一定关注当事人的预期效益,但必须要关注交易费用。诉讼或仲裁是对已成为既定事实的证据予以取舍、解释其证明力,而合同审查是预先安排证据体系。

既然合同审查的目的是排除系统风险和合同内容自身的风险,那只有知道风险点或潜在风险点在哪,才能有针对性地采取法律行为预防风险点的爆发。否则,审查人员的工作就会失去针对性,审查就会沦落为"走形式"的审查,审查得出的结果与盲人摸象的结果无异。

[案例7-3]某律师事务所,在业内有着响亮的名气,同行的评价颇高。笔者曾与该事务所骨干律师座谈进行交流学习,却发现为项目提供服务的律师基本不具备诉讼经验,甚至有些在改行做律师后未曾有过任何诉讼经历。从其所起草的合同和配套文件看,基本上是参考行业的规定形成,看似十分完备、十分专业,但对在履行中可能出现的突发因素准备不足,有些甚至没有考虑。后在履约阶段,其服务的几个项目陆续出现了诉讼使客户非常被动,不得已只有更换服务律师机构。

从案例7-3中可以看出,没有诉讼经验的人员,也许具有严谨的正向思维能力,但由于缺乏贴近实战的逆向思维能力,对风险的预判、预防能力较弱,很难成为一个合格的审查人员。这意味着,一个合格的审查人员一定应是一个优秀的诉讼人员。

第二节　诉讼倒置法在实务中的运用

一、诉讼爆点的预判——易爆点的提炼及动态追踪

(一)诉讼爆点的静态预判与应对

采用诉讼倒置法首先要求审查人员能准确判断所审查合同的诉讼爆点,即能准确判断所审查的合同在哪些方面容易出现纠纷,产生诉讼。能准确预判诉讼爆点是使用诉讼倒置法的前提,如诉讼爆点预判不准确,那合同模式的设计、合同条款的安排及履约控制可能会偏离方向,甚至南辕北辙。诉讼爆点的预判可从盈利模式推导合同目的,以合同目的为主线,寻找当事人关注的焦点,一般而言,当事人关注的焦点很容易成为诉讼爆点。《合同法》规定了诸多类型的有名合同,实务中无名合同更是种类繁多,无论是有名合同或无名合同,每类合同都有着自己独有的特点,即使是同类型合同也会存有差异。法律产品的不可复制性来源于法律需求的个案性,这决定着审查人员的工作难度,就像人不能两次踏进同一条河流一样,审查人员也难以遇到两份一样的合同。因此,对诉讼爆点的预判需依托合同类别的共性,但重要的是必须结合当事人的实际情况。实践中,可围绕以下因素展开:

1. 合同目的——制约合同目的的实现的障碍易成爆点

实现既定合同目的是当事人签订合同的根本动因,正常情况下也是合同的终点。合同目的是一切行为的中心,制约或影响合同目的的实现的障碍自然会成为当事人的消灭对象。诉讼或仲裁是消除障碍的一种极端方式。预判诉讼爆点就是考量制约或影响合同目的的实现的障碍。实践中,以合同目的为中心预判诉讼爆点应注意两点:第一,合同文本反映出的合同目的与真实目的不一致的情况。例如,某公司购买另一家公司股东的股权是为了变相取得标的公司的土地使用权。此时,诉讼爆点的预判应以当事人的真实目的为中心,兼顾合同文本中列明的合同目的;第二,还应适当关注相对方的合同目的。合同谈判过程中,相对方不一定会坦诚地告知己方合同

的真实目的,这需要审查人员根据具体情况予以推导。只有明晰相对方的真实合同目的,才能了解其关注的焦点,也只有这样,才能进一步预判其会坚持的底线和妥协的余地。

2. 底线的尊重——突破底线的行为易成爆点

在谈判阶段,对底线的尊重是交易达成的前提,在履约阶段相互尊重底线是为保障交易安全;突破对方底线,或自己的底线被对方突破往往意味着诉讼爆点被引爆。于具体合同,审查人员应明确委托方的底线,并探明相对方的底线。在履行阶段,为保证交易的顺利进行,应尊重相对方的底线,同时设置防火墙避免相对方试图突破委托方底线。虽然当事人能否获取预期利益在于盈利模式的设计,但一般而言,当事人即使不能盈利也不想亏损。例如,买卖合同中,出卖人出售货物是为了赚取利润,买受方是为了自己使用或转卖给他人,其目的也是盈利。此时,出卖人的底线是卖了东西应收得到钱,且不能亏损(特殊情况如清仓甩卖除外)。买受方的底线是支付款项后应得到与对价相匹配的产品。底线确定后,出卖方会围绕"不能收到钱"的情形,或会导致"亏损"的情形细化合同条款。不能按约定回收货款的情形很多,如买受方违约不支付款项、买受方财务状况恶化无力支付、买受方夸大出卖方过错而借故不支付等。而买受方会围绕"按时收货"、"钱货相配"的底线设置合同条款。也就是说,审查人员设计合同时会围绕着委托方的底线设置保护措施。履约阶段如合同一方的行为试图破坏底线防火墙,诉讼或仲裁将难以避免。因此,可能会触碰底线的行为就有可能会成为诉讼爆点。

3. 合同焦点——共性与个案性结合考量易爆点

《合同法》上的合同关系是建立在主给付义务之上的,主给付义务决定了合同关系的类型,双务合同中,主给付义务彼此构成给付、对待给付关系。虽然主给付义务决定着合同类型,但当事人签约的目的却并非是为履行义务。获取履行收益、实现合同目的是当事人签约的根本动因,履行义务仅是取得相应权利的必要条件,也就是说,我做什么的目的是为得到什么,或者说我为得到什么才必须要做什么,重点在于"得到什么",而非"需做什么"。因此,梳理当事人所关注的焦点应以"核心权利"为纲。

以核心权利为纲梳理焦点可从两方面思考:一是取得核心权利的自我

付出,或称自我制约因素;二是取得核心权利需要相对方的哪些行为来配合,或称他人制约因素。前者是当事人自己应按约定履行义务,否则,相对方可据此拒绝履行义务而使当事人的核心权利不能实现。审查人员在梳理"自我制约因素"时应考虑委托人的实际履行能力,如委托人不具备(完全)履约能力,其预期权利将无法顺利实现。同时,梳理"自我制约因素"时需考虑相对方对"制约因素"的关注度,因自己认定的制约因素在他人看来也许并非其关注焦点,或相反。

梳理"他人制约因素"可分级进行,第一层级是从根本上制约核心权利实现的因素;第二层级是制约合同权利完整性实现的因素。第一层级关系到合同签订及履行的必要性,如必要性丧失则合同将不再有存在的意义。实践中,审查人员梳理"他人制约因素"时应结合委托方的合同目的和核心权利。

当事人目的不同、推导出的核心权利不同、制约核心权利实现的因素不同,那当事人关注的合同焦点自然也不同。实践中,作为"自我制约因素"的焦点不仅会影响自我的核心权利实现,也会成为相对方引爆诉讼的爆点;"他人制约因素"如不能消除,因其影响到核心权利的实现,会成为委托方引爆诉讼的爆点。

4. 秋后算账——履约中被暂时湮灭的权利易成为爆点

理想状态下,当事人通过签订并顺利履行合同取得完整性合同权利。暂抛开签约时因各种因素导致合同一方当事人拟取得的权利存有先天缺陷不论,即使合同设计了完美的权利体系,履约阶段的动态变化也会对履约行为产生冲击,在既定的框架内的再次磋商使冲突与争议变得不可避免。适度地妥协是消弭争议不可或缺的方式。当事人之所以选择适度妥协是基于合同主要目的和核心权利实现的大局考虑,多是其处于被动时的无奈之举。妥协意味着利益的让渡,或权利的放弃,或权利实现的推迟。但在大局已成定局后,紧迫的状态消失,妥协方的被动地位会自动扭转,权利实现的完整性会提上日程,当事人会关注到之前被暂缓实现的权利,或被侵犯的权利,引爆诉讼爆点的可能性大增。在这里需注意的是,完整性权利即包括按合同约定权利人应享有的权利,也包括权利人固有权利不受侵犯。

[**案例7-4**]甲、乙双方签订《变压器买卖合同》约定甲方在乙方处购买三台变压器。价款、变压器交付时间、质量、备品备件、安装调试都做了详细约定。乙公司在交货前夕电话通知甲公司因技术人员不足无法安装,为避免二次转运协商推迟交货时间。甲公司口头同意推迟安装,但要求按合同约定时间交货。甲公司收货后,立即书面催促乙公司履行安装义务。合同约定的安装期限到期后,甲公司另行聘请施工单位完成安装。在货款结算时,甲公司要求扣除额外支付的安装费用、二次转运费用并要求乙公司承担违约金。乙公司认为扣除的总体费用过高,双方发生争议诉至法院。在庭审中,甲公司代理人否认曾同意乙公司推迟安装的事实,并提交了因二次转运和另聘他人安装产生的费用清单。最终,乙公司无奈与甲公司和解,承担了绝大部分费用,甲公司放弃违约金。在《变压器买卖合同》中,甲公司的核心权利是取得变压器,考虑到其与项目业主签订的合同中的工期要求,在取得变压器前,甲公司处于被动地位,考虑到订货周期,时间的推移会使甲公司越来越被动,无奈之下其只有妥协,同意乙公司推迟安装的要求。但在取得变压器后,紧迫状况缓解,被动因素随之消失。

因此,在履约阶段,那些因从大局出发而暂缓实现的权利往往会被当事人,尤其是被义务主体忽视,但致命的是权利人不会忽视,在不影响大局的前提下,有充足的时间秋后算账。为避免这种情况的发生,审查人员在履约中应合理利用"相对方会从大局出发"的弱点,对涉及合同变更、权利暂缓实现,尤其是委托方未按约定履行义务面临责任承担时应及时签署补充性法律文件,将再次讨价还价的成果予以固定。例如,在《变压器买卖合同》中,在甲公司同意乙公司推迟安装的请求后,乙公司应书面确认推迟的时间段,并明确甲公司不得以此追究乙公司的责任,或在补充性文件中明确甲公司另选其他施工单位安装的费用的结算上限,并明确甲公司不得据此追究乙公司的责任。甲公司在失去重新向其他厂家购买变压器的可能性时,应会同意乙公司的要求。如乙公司将重新协商的结果予以书面固化,诉讼可能会因此避免。

(二)诉讼爆点的动态追踪与应对

1.焦点的动态变化引起诉讼爆点的变化与应对

焦点的变化来源于两个方面:一是客观现实与预判的偏差。合同是对

未来交易关系的规划,但未来却总与过去不同。虽然进行大胆的思考、小心的论证可能会让我们辨识出未来的形态和走势,但未来的不确定性让我们无法精确地预判履约阶段的变化。诉讼倒置法与其他方法如环节分解法一样都是一种小心求证的方法,目的都是使未来的变化不超出当事人的意料范围,但无论是何种方式,其都是建立在强力假定之上的,如救济条款的设置是假定会出现预判的履约障碍。不幸的是,在履约阶段"假定"的情况不一定会出现,而未"假定"的情形却常会不期而至。审查人员通过与委托人沟通,可相对明晰委托人关注的焦点,而围绕焦点设置的具体防护措施却只能假定某些行为或事件会出现。审查人员通过换位思考判定相对人关注的焦点更是一种基于知识、经验的假定。既然是"假定"那就应该允许偏差的存在。二是合同进入履约阶段,原来那些重点关注的焦点会随当事人权利的取得,或义务的履行而消失或变得不再重要,而原来未被重点关注的事项却成为阶段性焦点。例如,在设备买卖合同谈判及签订伊始,买受方关注的焦点是出卖方能够交付与自己支付价款相匹配的设备,但随着合同的履行,出卖方交付设备后,对买受方而言,"应按约定交付设备"的关注焦点因交付而消失,此时售后服务、培训的重要性又会得到提升。

因此,当事人关注的焦点并非一成不变,尤其是在履约阶段,如审查人员之前假定的事实出现变化,这可能意味着之前假定的当事人关注的焦点也会发生变化,之前设定的防护体系会面临失灵状态。此时,审查人员应予主动调整,否则,"新焦点"很可能会因缺少规则规范而演变为新的诉讼爆点。

2. 不确定性和确定性因素的转化引起易爆点的动态变化与应对

不确定性因素是指当事人签约时不确知的,且可能对未来收益与损失产生影响的因素的分布范围和状态。确定性因素是指签约时当事人确知的,对未来收益与损失产生影响的因素的分布范围和状态。如以合同签订为起点到合同履行完毕为终点,在这一时间段中,不确定性因素会因履约行为或时间推移而逐步演变为确定性因素。合同签订伊始,当事人不能明确影响合同履行的因素会在什么时间段,以什么状态出现及会产生何种法律后果,而随时间推移,距离合同终点的时间段在缩短,当事人及相对方实施的合同行为及对应的法律后果都会因成为既定的事实,而转化为确定性因素。例如,买卖合同签订时,买受方对出卖方能否按照合同时间交付货

物是不确定的,但在出卖方交付货物后,不确定因素转化为确定性因素。值得注意的是,即使出卖方如期交付了货物,但其是否符合约定的质量标准依然处于不确定状态,且这种不确定性会延续到合同履行完毕之后。因此,审查人员在审查合同时应特别关注那些始终存在不确定性因素的条款,不确定的状态的存在就意味着争议发生的空间。

诉讼或仲裁多是因为义务主体无力或不愿履行合同义务而产生争议。审查人员对于具体合同应区别对待设置合同条款,不但要针对无能力履行制定对策,也要针对相对方可能寻找的借口制定策略。

(1)对随时间推移能确定的、无争议的事项,细化并量化其未达到合同约定状态的责任,并针对相对方无能力履行义务制定配套措施。例如,买卖合同中,买卖双方会对价款的支付确定一个具体的期限或标志,随期限届至或标志出现,买受方应支付价款的责任被具体确定。显然,如买受方不依约定支付价款,应承担逾期支付的违约责任。对此种情况,审查人员应在合同中细化并量化责任承担的方式或金额,如直接约定违约金的金额,或计算方式,避免争议发生后当事人之间因责任未细化、量化而再次陷入讨价还价的境地。

审查人员应注意,在合同条款中仅细化并量化责任的承担还远远不够,其必须从债务人的实际执行能力着眼设置保障交易安全的配套条款。

[案例7-5]甲公司在乙公司采购了一套高压成套设备用于自己开发的楼盘。买卖合同中约定了甲公司支付对价的时间和期限,并匹配了量化的违约责任,即如买受方未按合同约定时间及金额付款,其每天应承担应付款项的万分之五的违约金。乙公司交货后,甲公司开发的楼盘“烂尾”,无力支付设备款,乙公司准备诉讼。案件相对简单,但乙公司经调查后发现,甲公司之前已将项目抵押给银行,办理了抵押手续。由于银行享有优先债权,乙公司作为普通债权人,能得到清偿的机会微乎其微。为不再增加诉讼成本,乙公司未提起诉讼而做了坏账处理。

丙公司也是甲公司的供货商,其向甲公司出售变压器。在买卖合同中就价款条款,除约定了甲公司不按时支付对价的违约责任外,还约定了变压器的所有权在甲公司支付完毕全部货款(含质保金)后的次日才发生转移。甲公司开发的楼盘“烂尾”后,丙公司组织人员欲将变压器拆回。银行

考虑到项目一旦断电,如再想恢复需重新办理用电手续,重新确定电力施工单位安装,且需再次申请由供电管理部门验收合格后才能通电。项目本就处于“烂尾”阶段,上述手续的办理和安装难度较大,这会影响项目的拍卖进程和价款。基于此,银行同意丙公司从项目拍卖价款中优于银行先行取得合同对价及违约赔偿。对比上述两个案例,即使有些权利能在履约阶段被具体确定,责任已被细化、量化,但若仅属理论上的可行,不考虑实际执行能力,再完美的约定也无济于事。

(2)对随时间推移依然会处于不确定状态的事项匹配以细化的处理原则和程序,如质量条款是买卖合同的一个易爆点。买受方可能会以质量存有瑕疵为由索赔或拒绝支付货款,在买受方拒不支付货款时,有时纠纷看起来是因货款支付引发,但实质是质量条款的约定不完整而留有争议的空间造成。例如,实务中的《工矿产品购销合同》第1条第2项,产品技术标准(包括质量要求),按下列第(　)项执行:①按照国家标准;②按照部颁标准;③按照企业标准执行;④有特殊要求的,按照甲乙方在合同中商定的技术条件、样品或补充的技术要求执行。第9条第2项,乙方(指出卖方)所交产品的品种、型号、规格、花色、质量不符合合同规定的,如果甲方(买受方)同意利用,应当按质论价;如果甲方不能利用的,应根据产品的具体情况,由乙方负责包换或包修,并承担修理、调换或者退货而支付的费用。乙方不能修理或者不能调换的,按不能交货处理;在《商品房买卖合同》(范本)第5章第14条中,明确了加护房屋质量存在问题的处理方式、违约责任和检测费用的承担主体。另外,在类似《机动车辆买卖合同》中,约定了质量标准和交付的机动车不符合质量标准的违约责任。

上述合同中关于质量条款的约定看起来比较规范,其对应的违约责任也已被细化,但实务中,其并不具备操作性,一旦发生纠纷,看似完备的约定却无法起到应有的作用,而质量条款留有的争议空间却给了当事人再次讨价还价的机会,诉讼更容易被引爆。究其原因,是其对质量条款的约定忽视了以下几点:①产品质量会在较长的时间处于不确定状态,实务中,因质量问题引发的诉讼常发生在合同履行完毕之后;②是否存有质量问题应如何确定,到底是因出卖方原因还是因买受方使用不当原因也会成为双方的争议焦点;③谁有权判定质量是否存在问题。不同的商品,质量检测机

构不同,合同签订时是否应明确检测机构;④质量存有争议时,哪方当事人有权委托检测机构,是必须双方委托,还是买受方单方有权委托,若合同没有约定,买受方单方委托的效力如何;⑤质量检测报告的认可程序,是必须双方签字认可,还是报告一经做出就可以作为处理依据;⑥委托检测的费用垫付与承担;⑦检测后的处理原则和方式,即在什么情况下买受方可解除合同,什么情况下合同继续履行;⑧质量问题与其他权利的关系,如与先履行抗辩权、同时履行抗辩权及减少价款请求权的关系。

二、兵无常形——从预防诉讼到主动引爆诉讼

(一)避免系统性风险——诉讼是最好的"挡箭牌"

合同在企业经营管理中占据着重要地位,但不管有多么重要,其也均非企业经营管理的全部,因此,评估合同风险,包括评估是否采用诉讼或仲裁的手段解决争议时,首先应立足于经营管理的整体,看是否会引发系统性风险,而不应仅着眼于诸如诉讼费、律师费等成本的增加。实践中,有两类合同应忽略诉讼成本:

一是不引爆诉讼或仲裁会带来其他风险的合同。尤其是怠于诉讼或仲裁会引起刑事责任风险、行政责任风险或会造成损失扩大的情况。

[案例7-6]甲公司是一大型国有施工企业,承揽了乙公司一个大型项目,但由于光伏市场的变化,工程在竣工结算完毕,乙公司资金出现短缺,无力支付甲公司工程款,甲公司多次追讨无果。为防止超过诉讼时效,同时为了避免支出诉讼成本,甲公司定期采用公证方式送催款函。三年后乙公司财务状况进一步恶化,申请破产,甲公司参与了破产债权申报,最终获偿微乎其微,造成严重亏损。甲公司总经理离任时,审计机构在做经济责任审计时提出质疑,认为甲公司总经理存在渎职行为,原因是,甲公司在没有收到乙公司支付的工程款时,怠于行使建设工程优先受偿权,在行使优先受偿权后的期间超过后,也未及时采取诉讼及保全措施,致使项目亏损,甲公司总经理对此难辞其咎。甲公司总经理辩称,因乙公司资金链断裂,如采用诉讼手段,不但可能收不回工程款,还会增加诉讼费、律师费等成本支出,发送催款函应是当时最好的选择。后来,甲公司总经理被上级主管单位处分的事实说明其辩解没有被接受,因预判即使采用诉讼手段也

不能回收工程款说到底也仅是一种推测,哪怕这种推测无限接近,甚至就是正确答案,但由于未得到行为的验证,理论上就有失误的可能。

二是裁判结果是最好的结算凭证。在经营层主动规避责任时,成本的考虑应退居第二位。毋庸置疑,合同一方当事人违约肯定会涉及损失赔偿,但如合同未约定赔偿计算方法,也未约定违约金,那赔偿范围、赔偿金额如何确定才算合理?如须支付赔偿金的主体为国有企业,此问题更为突出。

[案例7-7]甲公司系一家大型国有企业,其将自有写字楼出租给乙公司并签订房屋租赁合同。合同履行期间,甲公司上级主管单位因业务调整,要求甲公司提前收回出租房屋。甲、乙双方签订的《房屋租赁合同》中只约定了"甲公司不得提前收回房屋,否则应承担违约责任"。从操作性上讲,类似的约定与未约定的效果趋同,甲公司与乙公司协商赔偿时无法计算具体的赔偿金额。站在自利角度,对乙公司而言,赔偿金额越高越好,甲公司则相反。致命的是赔偿金额高低仅是一个相对概念,在讨价还价过程中,即使甲公司将赔偿金额尽量压低,但由于缺乏"度"的衡量标准,也不能基于此判定甲公司支付的赔偿金额就完全合理、适度,更不能完全排除甲公司利益输送的嫌疑。此时,引导乙公司诉讼,然后甲公司依据生效判决支付赔偿金是一个不错的选择,因基于"公平和正义"裁判的法院确定的赔偿金额无论高低都不应受到质疑,甲公司履行生效判决的支付行为也不应受到非议。

(二)合同目的被背离——以诉讼来启动安全防火墙

实现既定的合同目的是当事人签订合同的根本动因,如签约后,合同一方当事人的行为或情事变更或者其他可能性的出现,使合同目的不能实现,且无法协商解决,或难以在短时间协商解决时,当事人应主动引爆诉讼,启动之前设置的安全防火墙。[1]

[案例7-8]甲公司与乙公司股东签订《股权转让合同》,合同约定,甲公司受让乙公司全体股东100%的股权。对甲公司而言,其签订合同的目的是取得乙公司在市内的一宗土地的使用权。合同签订前,甲公司进行了尽职调查,虽工作做得比较细致,但考虑到或有负债问题难以真正突破,便

---

〔1〕 王德山:《论情势变更制度的适用要件》,载《法学杂志》2008年第1期,第57-60页。

主动设定安全防火墙,以确保支付资金的安全,即暂时不直接将股权转让价款支付乙公司股东,而是先以贷款方式让乙公司股东获取部分现金,在条件成熟时再转为股权转让款。于是,签署合同约定甲公司委托银行贷款给乙公司股东,并约定了提前收回贷款的条件,乙公司用土地使用权为股东贷款抵押,贷款金额为先期应支付的第一笔转让款。同时,双方细化了贷款转为转让价款的时间和条件。合同签订后,甲公司在以乙公司名义办理土地开发的过程中,乙公司未主动披露的债权人看到项目即将启动便要求偿还,其中涉及大量民间借贷,解决难度巨大。甲公司经研究确定《股权转让合同》的目的难以实现,根据合同签订之初确定的诉讼方案,提起诉讼,安全回收了已支付的款项。

(三)底线被突破——诉讼是合同利益守护神

单纯地从经济利益考量,底线被突破的合同可归属于合同目的不能实现的一类,但笔者认为合同目的不但包括经济利益目的,还包括人格利益目的。底线被突破的合同更加侧重经济利益,有时并非会完全背离合同目的,有些是相向而行,只是在履行结果上看其未完全实现当事人拟达到的目的。

[案例7-9]甲公司与乙公司签订买卖合同,约定乙公司向甲公司提供六台油式变压器,同时合同约定了合同价款和支付方式及其他条款。合同签订后,乙公司按照合同约定时间向甲公司交货,甲公司将变压器安装到承接的项目中。在保质期内,变压器未出现质量问题,甲公司如约支付了质保金。但在质保期过后,变压器运行出现问题。甲公司将变压器运回公司,发现乙公司提供的变压器是铝芯。按合同约定,甲公司订购的变压器是铜芯变压器,而乙公司提供却是铝芯变压器,从造价看,铝芯变压器更便宜,但使用寿命短,且运行不稳定。由此可以认定,乙公司的履约行为超出了甲公司的底线。甲公司承担的建设项目是国家重点项目,事关公共安全,一旦出现停电事故,后果不堪设想。针对这种特殊情况,甲公司在审查人员的建议下,把项目中所有的变压器进行了免费更换,但项目业主始终不知道原因。甲公司在蒙受巨大损失后,将乙公司起诉到了法院,乙公司自知理亏,承担了甲公司的损失,并按买卖合同赔偿了违约金。

在案例7-9中,乙公司的行为已经突破了甲公司的底线,其未提供与

价款相匹配的变压器,如甲公司不及时更换,一旦因变压器质量问题出现停电事故,损失巨大不说,甲公司的相关责任人员可能会面临牢狱之灾。因此,无论是何类型合同,一旦当事人的底线被突破,应毫不犹豫地选择诉讼或仲裁,降低自己的损失,更为重要的是避免因此带来的意想不到的后果。

(四)逼上梁山的合同——诉讼是无奈的解脱方式

当事人签约后难免会在履约阶段遭遇一些意料之外的因素,致使其进退维谷。实践中,有的当事人会为实现经济利益而无理取闹。这种当事人经常使用极端的方式想迫使对方让步,但却总以这样或那样的借口回避用法律手段解决。

[案例7-10]甲公司修建办公大楼,通过招投标确定了乙公司为施工单位。《建筑工程施工合同》签订后,甲公司严格按合同约定支付了工程进度款。工程竣工验收前,乙公司为达到非法获利的目的,多次组织民工闹事,强行要求甲公司签署索赔文件。甲公司指派的监理单位、造价咨询单位分别就乙公司提出的索赔文件,出具了专业意见,认为乙公司的索赔没有依据,不应支持。但乙公司根本不予理会,每逢节假日,都会组织所谓的"民工"封堵甲公司厂区大门,严重扰乱了甲公司正常的生产经营。地方政府为息事宁人,每次都对甲公司施加压力,最后形成只要乙公司一闹,地方政府就逼迫甲公司妥协的局面。无奈之下,在工程未竣工,工程甩项未完的情形下,甲公司与乙公司协商共同委托造价单位对乙公司的已完工作量进行审计。审计结果出来后,乙公司的索赔金额因理由不成立未纳入结算范畴。乙公司因企图未实现就老调重弹,继续采用闹事的方式威逼。甲公司为国有大型企业,对乙公司的无赖之举没有更好的办法,为避免激烈的冲突,甲公司不敢强行驱离闹事的"民工"。即使甲公司想满足乙公司的要求,但因缺乏依据也不敢付款。政府也没有更好的办法,为稳定大局其也只能给甲公司不断施压,规劝乙公司通过诉讼解决,而乙公司自知理亏,根本不予理睬。后甲公司在审查人员的建议下,主动启动诉讼,追究乙公司延误工期的违约责任,乙公司无奈应诉,并提起反诉,受理法院对已完工的工程重新委托鉴定机构进行了鉴定,最后作出判决。甲公司主动启动诉讼的行为是被逼上梁山的行为,其目的不是减少工程价款,不是追究相对方的违约责任,而是利用诉讼引导相对方采用法律途径解决争议。

第八章

合同审查方法(下)——扩展法

第一节　扩展法概述

一、扩展法的概念

扩展法,是指审查人员在审查合同时不拘泥于合同本身的条款设置,不仅仅从规则规定的视角去分析当事人面临的风险,就事论事地制定防范策略,而是应综合合同签订时的商业背景、社会环境、法环境、交易对手的状态等因素,综合分析当事人面临的及潜在的风险,并以此设置匹配的应对措施。合同的签订与履行是当事人开展经济管理活动的重要部分。一般而言,当事人不会为了签订合同而签订合同[1],其签订合同的目的是实现期待的经济利益或人格利益,但合同利益的实现并不完全取决于合同本身,而是取决于当事人设计的盈利模式。评价盈利模式是否适当不能脱离整体的商业环境,而应作为盈利模式实现的手段之一,合同的签订与履行无疑也会受到经济背景、商业环境等因素影响。商业环境是指市场活跃度、市场供需平衡度、市场监管水平、税率、贪腐程度、交易便利等。商业环境包括社会环境、生产环境、经济环境和全球环境等。

二、扩展法使用的思维与局限克服

合同是当事人之间通过签订及履行期望达到的一种状态,或期待取得

〔1〕 实践中存在为签订合同而签订合同的现象,但这并非常态。

经济利益。合同的相对性原则,决定了合同原则上只在当事人之间发生效力,不及于第三人。相对性原则是界定了合同效力的内涵约束和外延效力所及的范围。从合同内涵看,合同条款规制了当事人之间的权利义务关系,外延上,效力不及于第三人,但外延不及第三人一般是单向的,也就是说,当事人签订的合同不能约束当事人以外的第三方,但是第三方的行为或变化会对合同的履行带来影响,甚至使合同履行的目的落空。这里的第三方并非指某个确定主体,而是一个泛概念,即对合同履行产生影响的不确定因素,既包括商业环境、国家法律法规、行政命令、行业管理体系的变化,也包括不特定第三方的行为及意外因素出现,如突发安全事故、合同一方当事人领导的变化,或发生认识上的变化等。

合同审查应充分考虑上述变化因素,但变化既然来源于不特定第三方的不确定因素,那合同审查就不可能全面涵盖。因此,审查人员对影响合同履行的第三方因素的考量不能异想天开,力图穷尽,这样不但影响效率,实际上也无法实现。就如《商品房买卖合同》,可以设计 100 个条款,也可以设计 1000 个,甚至更多条款,但即使是这样也难以涵盖全部。实务中,在审查合同时,对第三方的不确定因素思考应结合整体经济环境背景、政策背景、行业惯例、管理惯例和经营惯例,充分考虑交易对手的具体情况,如相对方的履约能力、资源占有、解决纠纷的擅长手段等。在设置合同条款时,既然无法使用列举方式穷尽未来的各种具体情况,那就结合《合同法》的规定及磋商时的具体情况,对不能细化或无法细化的部分,使用概括式约定相对应的处理原则和处理程序,避免在不确定因素出现时因缺乏规则规制而陷入争吵。

第二节　扩展法考量因素

一、合同签订及履行阶段的特定背景考量

(一)社会环境考量

合同审查首先要考虑社会环境,在考察社会环境时重点关注市场监管

的观念和贪腐程度。市场监管观念,决定了监管主体对事物本身的认识程度,而认识程度决定了对市场参与主体的监管方式,某种程度上讲,政府的思路决定了企业的出路。贪腐程度决定了办事效率及隐性成本的支出,决定了市场参与主体面临的潜在风险,尤其是诸如行贿受贿的刑事风险。

[案例8-1]某省省会城市的一个卫星城,通过招商引资的方式,引入某大型央企甲公司并签订《招商引资协议》,协议约定由政府负责协调,采用出让的方式给甲公司提供一宗土地,用于工业园区开发并引进相关产业单位入园,同时,配套一宗商业用地,用于地产开发。协议中还约定了甲公司应达到的投资规模、税收水平等。协议签订后,甲公司根据项目规划进行了大量的前期投入,但在合同履行阶段,发现政府对协议的履行设置了诸多障碍,如前期开发手续办理、土地交付、土地抵押办理登记等。甲公司为顺利推进项目,不得不支出一些隐性成本,如在土地交付过程中,各方利益主体,甚至黑恶势力,为获取额外收益,占据土地,使甲公司无法开工。甲公司求助当地政府,而相关部门却相互推诿,工期一延再延,损失巨大。后在某人士的提示下,甲公司向政府某部门额外支付了几百万元的费用,于是,政府部门动用警察力量,把非法占据土地的人员进行了彻底清理,甲公司才得以开工。但在工程进展中,烦恼随之而来,正常办理的事项没有额外支出无法办成,那些看似不能正常办理的事项,只要有经济支出都会被放行。最终,促使甲公司决心放弃项目源于和该市领导的一番谈话。甲公司负责人和该市领导在谈话中,市领导说出一件事让甲公司负责人十分震惊。原来该市在之前引进了一家实力雄厚的央企乙公司,签署了《招商合同》,但乙公司在开展前期工作时发现这里的商业环境十分恶劣,最终决定放弃。最后乙公司前期投入的资金全军覆没。该市领导在谈及此事时,并未对乙公司的离开表示任何遗憾,反而对政府设置障碍的方式洋洋自得,对取得的违约收益沾沾自喜。甲公司负责人为此感到惊讶。在行业内,凭乙公司的实力,一旦项目得以顺利实施,招商项目落实,会给当地带来不菲的税收收入,对当地的就业、经济拉动都会十分有利。甲公司领导通过这次谈话,意识到该市领导的眼界十分狭窄,其心目中“货到地头死”的观念根深蒂固,为减少麻烦,预防风险发生,甲公司将项目进行了转让。此案例充分说明了,社会环境的好坏对合同的履行至关重要,审查人员在

开展工作时不得不仔细考察。

(二)宏观经济环境考量

合同审查应从宏观和微观两个层面充分考量经济环境,尤其应关注供求关系的变化对合同签订及履行的影响。以房地产市场为例,二三线城市的商品房价格和供求关系经历了几次大的涨跌起伏。2003 年之前,房地产市场不温不火,供需关系基本平衡,偏重买方市场。2003 - 2008 年,房地产市场经历了一次快速涨价过程,经常出现一房难求的局面,这期间是典型的卖方市场,只要有房子,不管地段、户型基本上一开盘就售罄,甚至有些楼盘没有开盘就被售罄。2008 年年底,房地产市场因综合因素,如金融危机、国家调控等导致降温,价格平稳,市场不再火暴,供需关系处于基本平衡偏重买方市场状态。2010 - 2013 年,房地产市场在国家刺激政策的作用下,又经历了一次快速上涨,交易火暴,供求关系被打破,回归了典型的卖方市场。2013 - 2016 年,除刚需房和一线及几个二线城市外,房地产市场又开始经历寒冬,各地虽出台刺激政策,但效果不佳,供需关系基本平衡,偏重买方市场。房地产市场供求关系的每次变化都会带来一系列影响。市场好的时候,除极个别的公司会发生亏损,大部分公司都会赚钱,只是由于管理能力强弱和资金实力的差异,决定赚取的利润高低。在房地产市场萧条时,一些实力弱的公司相继消失。与房地产市场关联程度较深的施工企业,在签订《建设施工合同》时,如不考虑市场环境的变化,不考虑供求关系,要么会丧失快速发展机会,要么会被工程欠款拖垮。在市场萧条时,工程施工企业应在垫资、工程款回收条款上多加考虑,在市场繁荣时,对垫资和工程款回收的考量程度可以适当降低。因此,审查人员在审查合同时,应充分考虑市场因素,根据供求关系的变化,决定条款设置的广度和深度,只有这样才能最大限度地实现当事人的合同目的。

(三)微观经济环境考量

合同审查除了考虑宏观层面的经济环境外,还应关注微观经济变化,包括汇率、设备、材料价格变化及人工费用的涨跌。以铜价变化为例,2006 年,期货市场的铜价每天都存在很大变化,一路飙升,从每吨 4 万元左右涨到 9 万元左右。2007 - 2010 年,铜价维持在 7 万 - 8 万元每吨,从 2010 年,期铜价格一路下滑,到 2015 年 10 月,每吨在 4 万元左右。铜是重要的原材

料,如电缆,大部分使用铜芯。铜价的变化导致电缆的价格起伏不定,对于那些长期供货合同或时间跨度较大的供货合同,如果不考虑铜价的变化,一旦遇到类似2006年的情况,供货厂商电缆厂家只有两个选择,要么违约,要么亏损供货。由于准入门槛较低,电缆销售属于充分竞争领域,厂家一旦选择违约,若被列入诚信档案的黑名单,再想进入的难度极大。铜价的变化,导致电缆价格变化,除供货单位外,施工企业和项目业主一样面临同样的风险,《建设施工合同》一旦签订,提供的设备、材料价格的变化势必在结算时引起争议,若材料价格大幅上涨,价格不能随之进行调整,施工利润将会缩水,甚至发生亏损;若材料价格大幅度降低,价格不做调整,项目业主将会蒙受较大损失,尤其是政府投资项目或国有资金项目,这种损失会带来其他风险。因此,在合同审查时应针对敏感因素,设定价格调整机制。但由于在签约时,无法准确预测价格变化的方向和幅度,调整机制可设定当事人各方认可的标准或基线,并明确调整的幅度和调整程序。

二、合同相对方分析

(一)内在履约能力的内涵及考量的着眼点

内在履约能力,即合同相对方能否完成合同约定的义务条款,这事关当事人能否实现预先设定的目的,或实现期待的权利。内在履约能力的分析是合同签订前尽职调查必须完成的工作部分。签订的合同只有得到顺利履行才有意义,而顺利履约有赖于当事人需具备相匹配的履行能力。

1. 准入资质

资质管理是解决准入门槛的问题,有些行业,当事人只能从事与自身资质相匹配的活动,不能超越资质,或无资质开展经济活动。例如,关于房地产企业的开发资质、建筑企业的施工资质、设备制造企业的生产资质等管理性规定。不具备资质不能从事相应的活动,此点相对容易判断,但具备相应资质是否就必然代表其具备履约能力呢?答案显然是否定的。因此,审查人员在考量相对方资质时还应注意两点:一是相对人具备相应资质,但这不能与其具有相应的履约能力划等号;二是关于资质来源的考察,究竟是相对人自己取得的资质,还是借用或挂靠第三人的资质。如《建筑法》对施工企业借用、挂靠规定了严格责任,但实务中,借用、挂靠的现象屡

见不鲜。一般而言,资质的取得需要投入匹配的人员、物资,并具有相应的业绩,资质的维系也需要不断的投入。对无资质的经营主体而言,借用或挂靠他人的资质,会节省前期投入和后期维护的费用支出。对于出借或允许挂靠的企业而言,通过收取管理费的方式可以增加部分收益。法律禁止这种行为,但为什么屡禁不止?原因是多方面的,其中固然有利益的交织,但这仅是浮在表面的理由,法律规定的操作性差与实践中执行力度弱才是根本原因,也让挂靠和借用更具隐蔽性。法律尽管规定了禁止挂靠和资质借用行为,并规定了严格的责任,但却没有具体明确在何种情形下才是挂靠或借用行为,换句话说,法律没有明确界定构成挂靠或借用的具体标准。操作性差,致使认定行为性质困难,其后果就是处罚困难而形成屡禁不止的局面。借用或挂靠资质对项目业主来讲危害巨大,审查人员如何区分并设置合同条款,以杜绝借用、挂靠的事件发生,我们将在本章主体资格审查中具体论述。

2. 执行合同能力

对执行合同能力的考察可着眼于两点:一是,当事人是否有能力履行合同内容,此点主要解决“行不行”的问题。该问题因合同类别不同,考量的具体标准有着根本的差异。例如,在买卖合同中,出卖方考察的是买受方支付价款的能力,买受方关注的是货物质量。在建筑安装工程,业主关心的是在工程款相对确定的基础上,施工方能否按期、保质地完成工程,施工方关注的是在按期、保质完成工程后,业主是否具备支付工程款的能力。在技术开发合同中,委托方关注的是受托人是否具备开发能力,受托方关心的是开发完毕后能否获取相应的报酬。

二是,当事人的履约能力与合同内容是否匹配,此点主要是从效率出发,解决“匹配性”的问题,其主要是基于对合同标的性质及在经营环节中所处地位考虑,不但要避免“小马拉大车”,也要避免“大马拉小车”。例如,某国有大型央企,购买特种设备是作为其所制造的装备中的核心部件使用时,对供应商的考察应主动避免“小马拉大车”状况的出现。如其仅购买一般的办公用品,笔墨纸张、电脑配件、办公桌椅,就应避免“大马拉小车”而造成不必要浪费,影响合同的效率。

实务中,审查人员考量匹配性就是力争找到相对最合适的合同相对方。

[**案例8-2**]某市一钢铁公司,面临境外一起反倾销调查,公司准备在国内聘请律师协助境外律师开展工作。考虑到协助境外律师需要良好的法律英语基础,同时需要具备一定的反倾销知识,于是公司想当然地在某南方沿海城市聘请了一家规模较大的律师事务所,该律师事务所接受了钢铁公司的委托后,发现自己能力不够,便转委托了某南方直辖市的一家律师事务所,该律师事务所接受转委托后,自知能力不济,又转委托给北方某直辖市律师事务所。在此,且不论对钢铁公司的处理结果,从聘请律师的合同审查角度讲,钢铁公司在对相对方的考量上没有注意"匹配性"问题,造成沟通成本巨大,支出严重浪费的局面。

(二)外在履约能力分析

无论是在实际生活中,还是在合同领域,一方看重的事物往往并非被对方看重,甚至会被对方轻视或忽略,同样的事物因在不同主体中所占地位不同,其处理起来的方式和由此产生的心理压力也会不同。外在履约能力主要是考察相对方对突发事件的处置能力。严格地讲,外在履约能力并非是传统意义上的履约能力,但由于外在因素可对合同履行产生实质性的影响,甚至会使合同目的落空,因此审查相对方的外在履约能力也非常重要。

当事人在履约过程中难免会遇到诸如安全事故、人员不稳定等突发事件,虽然审查人员可在合同条款中预先设定处置原则和程序,但该类突发事件的处置会涉及行政,甚至刑事责任的承担,尤其是有国有背景的当事人,在面对突如其来的事故时,很难从容应对。例如,无论是法律层面,还是企业管理层面,都会强调安全责任重于泰山,但即使将安全生产的地位提得再高,只要有生产就无法杜绝安全事故。《安全生产法》和企业内部的安全管理规定、事故调查规则、安全考核体系成为了悬在经营者头上的"达摩克利斯"之剑,一旦发生安全事故,重者面临刑事责任,轻者影响到职务升迁、调动和经济收益。

在面对安全事故时,不同责任类型的主体,由于辐射效应不同导致心态不同。相对于民营主体,国有企业经营层在日常的经营管理中有着三大"软肋":一是怕出现党风廉政建设责任;二是怕出现安全事故责任;三是怕出现不稳定事件。在问题出现时,经营层首先考虑的是避免影响扩大,采用的办法就是息事宁人和妥协,这种心态决定了国有企业在处理类似问题

时态度不够坚决,患得患失。而有些事故的受害者或当事人恰恰抓住了国有企业的弱点,遇事不通过法律途径解决,而是采用聚众闹事、新闻曝光等极端手段获取超越法律之外的额外利益,竟会屡屡得手。民营经济主体当然也担心出现安全事故,但一旦事故出现,他们可采取相对较强硬的手段处理,有些就连法律规定的补偿项目和金额都不想满足,更不用提及超额补偿。

因此,在实务中常会出现一种怪现象,安全事故发生后,如果责任主体是国有企业,他们怕涉及诉讼、怕受害者闹事、怕新闻媒体曝光,但不怕多赔钱;如果责任主体是民营企业,受害者怕诉讼、怕拿不到钱,而企业不怕闹事、不怕曝光,但怕赔多了钱。处理事故的心态不同,决定了外在履约能力的差异。合同审查应在合理分析委托方和相对方外在履约能力差异的基础上,从合作的角度出发,有针对性的设置预案,力争做到与相对方取长补短的完美结合。

(三)重大人事变更对合同履行影响的考量

从理论上讲,合同签订后,无论哪方当事人出现重大人事变更,都不应影响合同的继续履行。但实务中,重大人事变更导致合同履行偏离当事人的合同目的,或合同内容发生变更,甚至提前终止的案例时有发生。合同审查环节应充分注意此问题,尤其是合同持续期间较长,且相对方人员变动较为频繁时更需特别注意。重大人事变更影响合同履行的情形可从如下两个方面考虑。

1. 资源性收益合同与人事变更——“一朝君子一朝臣”

从合同本身性质考虑,判断签订的合同是属于偏重资源性收益合同,还是劳务性收益合同。资源性收益合同,是指合同一方掌握了一定的行政资源或其他权力,这种权力的行使可给不特定的人带来收益。获取资源性收益并不依靠,或并不主要依靠付出劳动、提供服务,而是依靠权力带来的附加效应。资源性收益合同包括两类:一是经营者依靠自身掌握的资源为自己获取额外利益;二是掌握资源的主体享有分配利益的权力,其可根据自己的意愿将获取利益的机会分配给自己以外的其他人。劳务性收益合同,是指合同一方通过提供产品或服务获取合同对价。通俗地讲,资源性收益合同主要是利用或倚重“位置”获取收益,劳务性收益合同是利用脑力

或体力获取收益。

资源性收益合同具有极强的行业依附性和人身依附性。若掌握资源的人本身就是获取收益的一方,即使在履约阶段发生重大人事变更,也不会对合同的履行造成质的影响,例如,某政府机构掌握着审批权,其实际控制的类似中介性质的咨询机构出具的咨询意见被通过的可能性较其他咨询机构大。但若掌握资源的一方系负责利益获取机会的分配方,那在合同履行过程中如发生重要人事变更,合同履行出现问题则是大概率事件,例如,某政府机构负责审批事项,依附于政府机构的企业利用与行政机构良好的关系对外承揽业务。对此类合同,审查人员应有清醒认识,在大多数情形下,资源性的收益合同具有稳定的业务来源,往往也会伴有权钱交易,但“一朝君子一朝臣”,在重大人事发生变更后,合同的履行可能会从根本上受到影响。而劳务性的收益合同在履行中,如果相对方出现重大人事变更,要结合合同地位等综合因素考虑。

2. 重大人事变更带来的“新官不理旧账”的泛化

劳务性收益类型的合同中,如相对方出现重大人事变更,在相对方处于弱势地位时,整体上对合同履行影响不大。如果相对方在合同地位中占据优势地位,重大人事变更后的合同走向大概有三种:一是合同得以继续顺利履行,这是最理想的状态;二是新上任的管理者怠于履行已经签订的合同;三是新上任的管理者不认同拟签订的合同或已签订的合同,不认同包括部分不认同或完全不认同。

怠于履行多见于一方当事人的合同义务已履行完毕或基本履行完毕,而相对方的对待给付尚未完成,且其怠于履行的行为对自己影响较小,而对另外一方影响较大。

[案例8-3]甲公司与乙公司签订了一份《买卖合同》,约定甲公司向乙公司提供5台变压器。合同签订后3日内,乙公司向甲公司支付20%的货款,甲公司完成安装后3日内,支付到总货款的70%,验收合格并通电运行后3日内,货款支付到总价款的90%,剩余10%作为质保金,质保期满后3日内支付。在质保期内,有一台变压器出现漏油,甲公司接到报修通知后,及时派人予以修理。质保期届满后,甲公司请求乙公司支付质保金,此时乙公司已更换总经理,新上任的总经理拒绝签字付款。甲公司经了解得

知乙公司新任总经理认为《买卖合同》的签订存有不规范漏洞,便以变压器存在质量隐患为由拒绝支付。10%的货款对甲公司来讲是利润的绝大部分,而且乙公司新任总经理提出的理由并不能成立,因为变压器漏油的情况已解决,且已经运行了较长时间未再发生任何事故。无奈之下,甲公司不得不启动诉讼,追讨货款。对甲公司而言,这场诉讼是因相对方重大人事变更引起。之后,甲公司在审查人员的建议下,修改了合约的签订模式和质量保障条款。对于批量采购变压器且单价较高的合同,在取得买受方同意的前提下,采用每一台变压器签订一个合同,对于买受方不同意这种签约方式的,甲公司按供货台数,将质保金量化到每一台变压器,避免一台出现问题,而影响整体回款的状况出现。

相对方重大人事变更后,新任管理者不认同拟签订的合同或已签订合同的情形多发生在合同即将签订,或已签订但还未开始履行的阶段。不同的管理者对企业的经营、管理有着不同的思路和观念,这源于管理者个人之间的诸如价值判断等差异所引起的认识差异。实践中,有的管理者细腻、风险意识强,而有的管理者相对粗犷、风险意识差,有时前任和继任者存在观念冲突,甚至矛盾。无论是哪种情况,都可能对合同的签订或履行产生影响。审查人员在签约时应充分注意相对方重大人事变更带来的影响,尤其与国有企业合作,这种人事变更实属常态。

[案例8-4]某市一重大市政项目,其中涉及拆迁、变电站土建(含电力通道)和电力设施安装。甲公司是国有的大型施工企业,具备总包资质,优势是电力安装,但没有力量和经验实施拆迁,其土建部分的施工力量薄弱。乙公司系一家民营企业,变电站土建施工力量强,熟悉手续办理流程。丙公司是一家民营企业,具备较强的拆迁能力。鉴于项目属于市内重点民生项目,工期、质量要求极其严格,如不能按计划完成拆迁,或不能及时办理通道的建设手续,工期势必受到影响,承建单位将面临高额违约赔偿。甲公司为取得该项目,请乙、丙公司协助,达成初步共识包括以下几点:第一,以甲公司名义承接工程;第二,甲公司负责电力安装的手续办理及实施、乙公司负责变电站土建和电缆通道的手续办理和项目施工,丙公司负责拆迁;第三,各方所得项目价款为业主审定的最终结算金额,但乙、丙公司应向甲公司缴纳8%的管理费;第四,甲、乙、丙三家公司各自负责制定投

标文件中的报价部分,在工程竣工后,各自负责自己实施部分的竣工结算报告,最后由甲公司统稿;第五,甲公司中标后,采取劳务分包的方式把约定的实施范围分别交给乙公司和丙公司,其中涉及的物资采购,均采取委托采购方式。达成以上共识后,甲、乙、丙三家公司各显神通,最后甲公司如愿以偿中标。甲公司与项目业主签订合同后,三家公司开始在各自负责的范围内开展前期准备工作。在甲、乙、丙三家公司协商劳务分包合同和委托采购物资、设备的具体事项过程中,甲公司总经理发生变更。

新任总经理不认同这种合作模式,原因有两点:第一,认为这种模式涉嫌非法分包,甚至会被认定为转包;第二,乙、丙公司收取的工程费用过高,涉嫌利益输送。其实,根据几方共识,乙、丙公司的工程费用最终由项目业主支付,甲公司不负责他们的亏盈,从实际效果看,乙、丙公司的工程费用越高,甲公司的收益越大,因为甲公司要收取8%的管理费。但甲公司是国有企业,与项目业主签订合同后,是以分包的方式交给乙公司和丙公司实施,从法律上和财务流程上看,是甲公司向乙、丙公司支付的工程费用,费用过高势必会涉嫌利益输送。戏剧的一幕是,丙公司与甲公司之前签订了《项目合作框架协议》,根据双方达成的共识,明确了合作方式和原则,甲公司签订该协议前,召开了总经理办公会,从形成的书面会议记录看,公司认同该合作方式,同意签署协议。但乙公司并没有和甲公司签订任何协议,在甲公司决策文件中,没有找到与乙公司开展合作的记录。最终的结果是,甲公司按照与丙公司之前达成的《项目合作框架协议》签订了施工合同。对于乙公司涉及的部分,甲公司重新招标确定分包单位,乙公司只有重新报价,重新谈判,最终虽然取得了项目,但是结算金额减少了近20%。

案例8-4充分说明了两个问题:一是合同相对方,尤其相对方在处于强势合同地位时,若发生重大人事变更,对拟签订合同或已经签订的合同产生影响的概率较大;二是合同审查应自始介入,步步为营,用书面的形式固定合同签订、履行的全过程,这样可以从一定程度上抵消一些意外因素,如相对方重大人事变更而带来不利影响。

(四)社会资源占有的考量

1.社会资源的占有——利益实现的"双刃剑"

利益的取得是合同签订的起点和终点,在合同领域,当事人的利益既

表现出统一性,又表现出对立性。审查人员审查合同时应对委托方和相对方的社会资源进行适当评估。相对方社会资源占有少,固然给委托方带来的麻烦小,但在快速处理突发事件上,其能力相对较弱。相对方占有社会资源多,如为委托方所用而形成合力,就会如虎添翼,但如发生争议,甚至纠纷,相对方占有的强大资源可能会给委托方带来难以预料的结果。

2. 社会资源的类型——显性与隐性权力

(1)权力资源,包括显性权力资源和隐性权力资源。显性权力资源相对容易识别,因一方当事人本身就代表着强大的权力,如与地方政府签订招商引资合同、法院因修建办公楼与施工单位签订施工合同等。实务中,这类合同相对单纯,当事人及审查人员知道相对方占有的权力资源强大,所以会十分审慎地对待合同条款。

与显性权力资源相比,隐性权力资源更加不易识别,但其犹如一张无形的网,对合同的签订和履行发挥着巨大影响,甚至左右合同的签订与履行。经营主体在经营过程中,面临税务、工商、质监、药监、食监等国家行政部门的管理,面临着资质颁发、资质考核机构的制约,对于检察、纪委、公安等部门,经营主体也不敢轻易开罪。隐性权力占主体的权力来源多样,表现形式五花八门。实务中,大量存在寄生于权力资源上的经营主体,如资质代办,可将不符合条件的企业予以资质升级,代办环评,可将自身不能通过环评的项目顺利通过,房地产开发企业,可委托其他公司办理容积率调整,应该修建的人防工程,可交由其他公司办理而不修建,诸如此类,不一而足。至于在具体项目面前,隐形权力资源的发挥更加淋漓尽致。

[案例8-5]甲公司准备修建一栋办公楼,项目刚完成立项,方方面面的人员就不请自到。其中有上级主管机关、行政管理机关、资质管理部门、甚至税务部门、检察系统等领导或工作人员打招呼,推荐施工单位。大楼土建还未招标,装修公司、卖办公家具的公司、绿化公司、消防公司、物业管理公司就接踵而至。甲公司经营层被弄得焦头烂额,但却又不敢得罪任何人,更不敢用国家的钱来平衡这些不合理的利益诉求。无奈之下,在合同审查人员的建议下,甲公司向上级报告,以公司不具备实施基建项目为由,把大楼修建及装修交由上级主管机关实施。对于相对大型的项目,经营主体遇到此类状况应是司空见惯,审查人员应在和经营层充分沟通的前提

下,分析相对方对权力资源占有的具体情况,根据不同的类别,设置不同的合同模式,力争将风险转嫁或分散。

(2)行业优势资源,包括行业地位优势资源、人力资源、技术资源等。对合同相对方行业优势地位的考量,主要侧重于相对方的行业优势地位是否会给委托方带来负面影响,尤其在发生争议或纠纷时,合理分析相对方行业优势有利于委托方做出正确的商业判断。

[案例8-6]甲公司承建了某市供电局的办公大楼,甲公司投标时,根据供电局给出的工程量,做了清单报价,单价包干。项目具体实施时,由于各种原因,工程量缩小。甲公司以此为由要求提出提高单价,供电局以合同约定按实结算为由,拒绝了甲公司的请求而发生争议。在争议处理的过程中,甲公司发现自己在市内的其他工地,经常停电,原因基本都是供电局线路检修,因施工用电属临时用电,停电手续相对简单。另外,甲公司新开工地,办理临时用电手续的难度增加。甲公司对供电局的行为进行了研究,却不能找出供电局的过错。最后,甲公司和供电局和解,工地临时用电问题恢复正常。

(3)其他资源优势。其他资源优势内容范围较为广泛,审查人员应根据委托方的具体情况,结合拟签订合同内容,具体问题具体分析,决定合同模式设置及条款设置。

[案例8-7]甲公司拟在某市通过股权收购方式取得一宗土地使用权,从价格因素考虑,地价相对便宜。合同人员经审查,提出以下意见:第一,标的公司管理混乱;第二,标的公司股东及经营层涉黑,且在当地势力较大;第三,公司在收购前虽委托专业开展尽职调查,但考虑到标的公司管理混乱,不能排除未披露的或然负债;第四,标的公司的主要负责人因在某地赌博,所输金额巨大,导致财务状况恶劣,低价转让标的公司;第五,某市投资环境不好。基于上述理由,审查人员建议慎重收购。甲公司系国有大型央企,审查人员在总裁会上将上述情况汇报并提出相应建议后,参会的经营层不屑一顾,最后匆忙签订了《股权转让协议》。协议签订后,在履约阶段,标的公司的原股东给甲公司带来无尽的麻烦,而甲公司面对这种无赖,居然没有丝毫办法,只有不断妥协、让步,直至发现这个无底洞。无奈

之下,甲公司只有将公司股权又转让他人,在房地产市场火暴的阶段,吞下了巨额亏损的苦果。

3. 对社会资源的正确认识态度——不依赖但也不轻视权力

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》专门设置了"强化权力运行制约和监督体系",指出:"坚持用制度管权管事管人,让人民监督权力,让权力在阳光下运行,是把权力关进制度笼子的根本之策。"自党的十八大以来,对依法治国,对权力的限制和监督提到了前所未有的高度,但这从另一个侧面也反映了权力滥用、权力失去监督的现象较为普遍。把权力关进制度的笼子,首先要从观念上肃清权力的根本,解决权力为谁所用、如何用、用的目的是什么。因过程漫长,即使在依法治国的大背景下,合同审查依然要分析相对方对权力资源的占有状况。权力是个奇怪的东西,除却能给享有者带来荣耀外,也可滋生权力寻租的"灰色地带"。部分权力享有者对权力的使用和放大无所不用其极,有求于权力者也心甘情愿,趋之若鹜,甚至不惜重金,这一切都源于权力的力量。从诉讼的角度上看,律师应当运用专业知识为诉讼当事人提供法律上的帮助。但在实务中,大量存在一种当事人,其聘请律师并非看中专业知识,而是重点考察律师和法院的关系,甚至有些当事人决定是否将案件委托给某律师时,会提出一些匪夷所思的条件,有些律师为迎合当事人,不研究业务,只研究关系,与当事人交流时,不分析案子,只炫耀关系,甚至有些律师以不懂专业、只懂关系为荣。法律行业者尚且如此,更何谈其他领域。但审查人员对委托方或相对方占有的权力资源分析应相对客观,因权力一旦具有了无所不能的能力,其势必是笼子外面的权力,而权力一旦出笼就具有了不可逆性,利益的取得固然会让人欣喜,但依附于权力取得的利益却不具备长久性。

(五)管理能力——对合同效率的考量

严格地讲,管理能力属相对方的内政,审查人员应适当关注相对方的管理能力。相对方的管理能力不仅涉及履约能力,更牵涉合同效率,其关系到当事人的目的能否顺利实现。

[案例8-8]甲公司依托行业优势,开展项目管理业务,包括招标代理、监理和项目管理。甲公司从2010年成立到2015年受业主委托总共管理了100余项目,且其中不乏省、市重点项目。但截至2015年年底,该公司

建管的项目结算率只有5%。甲公司建管的项目绝大多数属于政府投资项目,少量业务是某大型国有企业委托的项目。根据甲公司与项目业主签订的建管合同的约定,甲公司代行业主权利,根据建管项目的规模收取建管费用。甲公司通过招投标或比选的方式确定设备供货商及施工方,并以自己的名义签订《施工合同》及《买卖合同》。项目业主根据建管合同的约定,将项目款项按工程进度拨付给甲公司,甲公司再根据与施工方签订的《施工合同》约定支付进度款,根据与供货商签订的《买卖合同》约定支付货款。在建管项目完工后,甲公司与项目业主办理最终结算,结算完毕后,项目业主将款项支付给甲公司,然后,甲公司根据与项目业主的结算情况,完成与施工方及供货商的结算。由于甲公司的管理能力较弱,与项目业主的结算绝大多数没有完成,这样无论是供货商还是施工方都不能按合同约定收取款项。甲公司作为建管公司类似中介,其本身并没有能力承担支付义务,即使施工方、供货商赢得了诉讼,但却没有办法执行,被逼无奈,还是只能去甲公司协调,催促其尽快与项目业主完成结算。

因此,实务中合同审查在关注交易机会的取得时须适当关注相对方的内部管理能力,否则合同一旦签订,效率如受较大影响,根本就谈不上合同取得期待利益,其结果可能会与签约时拟实现的合同目的相去甚远。

第九章

合同审查关注的主观范畴(上)——合同心态

第一节　合同心态概述

一、合同心态的内涵与分段考量

心态是指对事物发展的反应和理解表现出的不同思想状态和观点。心态既有稳固性,也有暂时性。当事人的心态变化是指在合同不同的阶段,当事人随着主、客观情况的变化在心理层面呈现出来的反应和理解的变化。考量当事人心态的变化主要是针对两个阶段:第一个阶段是合同谈判阶段结束,当事人签约刹那所引发的心态变化,即合同谈判时的心态和合同签订后的心态出现的变化;第二个阶段是在合同履行过程中,由于各种客观变化造成当事人的心态发生变化。

二、合同心态与合同目的

(一)合同心态与合同目的的联系

合同目的是当事人的主观目的,是期望通过合同的签订及履行所达到的一种状态,或实现的期待权利。合同心态是当事人的思想状态和观点。合同目的和合同心态都属于主观意识范畴。

(二)合同心态与合同目的的区别

1. 推导方法不同

合同目的因带有较强的客观色彩可通过定型化方法判断。甚至,有学

者认为合同目的等于或约等于经济利益。指出《合同法》“不能实现合同目的”与“(严重)影响订立合同所期待的经济利益”具有相同或相似的含义。[1] 虽然过分强调合同目的的经济利益色彩而忽视其人格利益因素从而陷入片面,但即使合同目的属主观范畴,也能从当事人的行为大致推导出其签约目的。而合同心态隐藏于当事人的内心,不能用定型的方法判断,不能用经济标准衡量。当事人不同,城府不同,隐藏的方式、方法均体现出个案性。即使可从当事人的现状、处境、行为推导当事人的心态,但也难以证明结论的对错。

2. 能否实现及未实现的结果不同

不能实现合同目的的原因包括当事人不履行合同或履行不符合合同约定而承担违约责任,也包括不可抗力或情势变更,其会引起合同的解除的效果。合同心态不存在能否实现的问题,其变化来源于其自身主观或客观情况的变化,相对方主观或客观情况的变化和客观环境的变化,原因多种多样,不一而足,合同心态变化的结果可能会对合同目的的实现产生积极影响,也可能产生消极影响。

3. 研究价值不同

对合同目的的研究具有学术价值,也有实践价值。但在合同领域,对合同心态进行研究的学术价值较小,在实务中,合同心态的变化对于合同的履行具有较大的影响,其关系到当事人的行为方式和策略,关系到当事人的合同目的能否顺利实现。

第二节　合同心态的类型及对合同的影响

一、实务中常见的合同心态及对合同行为的影响

(一)“好女不愁嫁”的心态与合同行为

当事人如购买产品,通常情况下可以采取招标、比选或竞争性谈判的

[1] 崔建远:《合同一般法定解除条件探微》,载《法律科学》2011 年第 6 期。

方式,但对于只有单一来源的产品,或者紧俏产品,出卖方通常处于“好女不愁嫁”的境地,其在谈判和合同签订时具有较强的心理优势,而心理优势则会转变成现实的优势。但如果出卖方面对具有可持续性使用产品的企业,或者单一来源面临被打破的时候,尤其在出现稳定可靠的替代产品时,“凤凰”则会变成“乌鸡”,若不及时调整心态,势必会影响交易的达成,对合同的履行也会带来较大的消极变化。

(二)“病急乱投医”到“不用人靠后”与合同行为

当事人在遇到紧急情况时,交涉能力下降是正常表现。在合同谈判及签订时,因应对紧急状况的紧迫性造成相对淡化自己的合同权利,但紧急情况缓解或消除时,当事人对自己之前的承诺予重新考量并择机寻求补偿的利己心态常常发生,形成了“用人靠前,不用人靠后”的反差。

在委托代理合同的谈判、签订、履行到最后发生争议,律师的心态也会发生变化。合同谈判、签订阶段,律师具有心理优势,在合同权利义务的安排上具有较强的发言权。最后,如案件处理不尽如人意且律师工作存在失误时,委托人一旦提出要求,有些律师会抱有侥幸心理寄希望委托人没有发现自己的失误,但心态上难免存在坎坷。如此时,委托人采取措施要求律师退费或减少费用,其心态上又会骑虎难下,承认失误退费或降低收费会有损名誉且造成自己的经济损失,不承认失误又怕委托人把事情闹大,最终更加被动。如案件处理没有达到委托人的期望值,但律师在工作中不存在失误,甚至从专业的角度看律师的处置措施非常得当。此时,若委托人提出不合理要求,律师从内心里会感觉十分委屈,但如果委托人为达到目的,采取较为激进的手段,如向司法行政机关或律师协会投诉,律师的心态会受到很大影响,哪怕自己的工作没有失误,投诉本身无疑也会给律师带来负面影响,毕竟“好事不出门,坏事传千里”,尤其在面对同行,在强调“和谐”的社会背景下,息事宁人是很多部门、很多人拟达到的目的。由此看来,合同各方心态的变化对合同履行过程中权利义务的重新安排起到了至关重要的作用。

(三)从“奴隶”到“将军”或从“将军”到“奴隶”的转变与和履行

“奴隶”和“将军”在客观上反映了当事人的地位,但合同地位的转变在一定程度上是伴随着合同心态的变化完成的。心态的变化可能最终会

影响到合同各方的权利义务,甚至引发纠纷。

例如,以借款合同为例,从分析合同各方在合同签订履行的不同阶段的心态入手,可看出合同心态对合同谈判、履行及最后解决纠纷的方式选择造成的影响。

[案例9-1]乙公司因为资金周转困难向甲公司借款,甲公司和乙公司经协商签订了《借款合同》,合同约定甲公司借款××元给乙公司,利息的计算按照银行同期贷款利率的四倍计算,借款期限为一年,价款期满后××工作日内,乙公司将借款本金及利息一次性归还给甲方。借款合同到期后,乙公司因无力偿还而逾期。

谈判阶段:甲公司具有较强的心理优势,这种优势来源于甲公司的主动选择权,其可选择借款给乙公司,也可以拒绝,即使拒绝,甲公司若不考虑机会成本其也不会有损失。此时,决定甲公司是否决定放款的心态是在保证资金安全的前提下获取一笔利息收入,至于是否有帮助乙公司渡过难关的心态,则处于不确定的状态,如甲公司和乙公司有感情基础,甲公司可能会有帮忙的心态,反之则无。但甲公司在谈判中表述的语言则不一定是其真实心态,甲公司可能会冠冕堂皇地强调是为了给乙公司提供帮助,至于收取一定利息的理由无论怎么说都成立。而乙公司此时首先是要准确把握甲公司的心态,然后针对甲公司的心态做出应对。在经营活动中,乙公司应当知道对资金安全的考虑是经营者经营考虑的第一位,所以其必须打消甲公司的这一顾虑。对于甲公司提出的按照银行同期贷款利率的四倍计算资金利息,无论乙公司是否满意,谈判语言的表述只能是对甲公司的借款行为表示感谢。

借款合同到期后,如乙公司有偿还能力,但未按时归还,甲公司的心态是不担心资金安全并对乙公司的行为感到愤慨,使用的语言多以催收为主,会伴有对乙公司"忘恩负义"的指责,乙公司不按合同约定归还借款的心态因人而异,多种多样,使用的无非是口头承诺,但不采取实质行动。由于乙公司具备偿还能力,甲公司在催收无果的前提下诉诸法律手段。如借款到期后,甲公司发现乙公司的偿还能力有问题,其心态因资金的安全受到影响而变得焦灼,在内心里,甲公司不愿意放弃约定的利息,但在借款本金受到影响的情形下,放弃部分或全部收益将会成为甲公司让步换取乙公

司归还本金的选择。此时,其语言会以催收为主,并会伴有抱怨(非指责)。乙公司因客观不能归还借款的心态因人而异,有的是愧疚,有的是“死猪不怕开水烫”,其表述的语言多以“认账”但现在“没有办法”、“尽快还”等拖延。甲公司考虑到乙公司没有还款能力,为了不再多支付自己实现债权的成本,轻易不会采取诉讼或仲裁的方式。有此可以看出,合同心态会影响到纠纷解决方式的选择。

(四)“狐假虎威”到“树倒猢狲散”的心态变化对合同行为的影响

法律拟制的法律地位上的平等在现实生活中被等级秩序冲击,且在森严的等级秩序和法律地位平等原则的交锋中,总是等级秩序占据优势,体现到经营活动中,“狐假虎威”的现象客观存在于经营活动之中且常以“平等”合同的形式展现出来,此时的合同失去的是应有的交易功能,展现的是利益输送功能。但在“大树”被连根拔起后,寄生于权势的当事人的心态会发生急剧变化,客观上也会对合同的履行造成影响极大。

[案例9-2]某甲公司与某大型国企乙公司具有良好的“合作关系”,甲公司在扩张时资金紧张,于是和乙公司签署了战略合作合同。在合作过程中,乙公司以借款的方式为甲公司提供了巨额资金支持乙公司建厂。乙公司在厂房修建完毕,由于迟迟不能取得欧盟的认证手续,加之国家政策暂时调整,乙公司经营风险增加。借款到期后,乙公司因无力偿还借款,便提出将乙公司的借款转换成乙公司的股权的方案,完成“债转股”。后来,甲公司取得了认证,国家政策也出现松动,其订单量急剧上升,公司经营转入正常状态,于是甲公司和乙公司经过协商,又将股权转换为债权,完成了“股转债”。虽国家对国有公司入股及股权转让有着严格规定,但甲乙公司轻易取得批文的事实实质上是将制度规定视若无物。但随后几年,甲公司在经营过程中,其根据自身需要,多次进行了债转股、股转债,再到债转股,股转债的游戏,完全将乙公司玩弄于股掌之间。用甲公司主要负责人的话讲,没有钱还就债转股,经营好了就股转债。甲公司当时设立时的目标是上市。在甲公司上市前,乙公司肯定不会持有甲公司股权,因甲公司不可能让乙公司享受资本市场的盛宴。

出笼的权力总有被追究的时候,由于“大树”倾倒,甲公司陷入困境,其和乙公司的合作也寿终正寝,甲公司最终因失去权力的支撑而倒闭。从甲

公司心态分析:其强大时着迷于对权力的依赖,认定权力无所不能,认为规则是为了约束别人而设,恰恰由于规则的存在,才凸显了自己的优越地位,更能表现自己的非凡能力。也正因如此,其在享受权利带来快感的时候,也觉得理所当然;对国家的财产和权益,认为是美味的"唐僧肉",不取白不取。致命的是,经营权力与经营项目相比,经营权力带来收益的"轻松度"与经营具体项目有天壤之别,来之容易去之快的危害不在于纵容了骄奢淫逸,而在于权益被送入灰色地带的同时,造就了一批低能的经营者。这种心态体现到语言和行动上,处处显得咄咄逼人,稍有障碍便挟天子以令诸侯。乙公司的心态,相对比较复杂,有的知晓违反规则的后果,但忌惮于权力带来的伤害,在左右为难的煎熬中,做到了所谓的"避重就轻"屈服于权力,在变相享受权利及利益带来的愉悦时,心理承受着违反规则的压力;有些则抱着"大树底下好乘凉"的心态,太过迷信权力能带来的效应,在规则要求与权力的非法要求之间毫不犹豫地倾倒向权力。更有甚者,为虎作伥,以一己之私利,置国家利益全然不顾,不但枉顾"天网恢恢"的灾难性后果,反而陶醉于权力甩出的"剩骨头",而沉溺于幻想获取更大"骨头"的喜之窃窃之中。该心态体现在语言上多表现为唯唯诺诺,体现在行为上是多为利益交换,即用国家的利益交换自己的私利。

在这种心态下签订的所谓"合同"是为通过掩他人之耳的形式达到盗国家之铃的目的。此时的合同签订、履行除去仅仅符合形式要件外,其他的要件不能用法学理论和法律规定来衡量。但一旦"树倒","合同"本身也沦落为"树之根须",从而会被连根拔起,合同的履行势必发生颠覆性变化。此时,即使甲公司存在一些正常业务,但在失去权力庇佑的情形下,被权力削弱了经营能力的经营者,犹如一只绵羊被置于狼群之中,其灭亡当然在情理之中。依托于权力形成的合同,客观情势的变化引起主观心态产生剧变,从而对合同的履行形成强大冲击,在实务中不得不考虑。

(五)"香饽饽"向"鸡肋"的转变对合同行为的影响

不可否认,当事人的合同目的具有"时限性",时间的推移会使昨天重要的事项在今天变得不再重要,时限性会把昨天的"香饽饽"变成今天的"鸡肋",这种客观变化会改变当事人的心态,使合同的履行充满变数。

[案例9-3]甲公司系一家外贸企业,主要向欧盟国家出口纺织品,在

中国与欧盟的贸易摩擦期间,由于积压了大量存货致使资金短缺,供货商逼债使甲公司处于崩盘的边缘。乙公司系一家大型快消公司,有良好的现金流,银行信用良好,贷款渠道畅通。于是,甲公司向乙公司借款渡过难关,甲公司承诺支付较高的利息。乙公司在对甲公司考察后决定入股,甲公司求之不得。接下来双方对于增资入股商谈的比较顺利,甲公司股东和乙公司下属公司签订了增资入股合同。合同约定,乙公司的下属公司投入资金××元,占甲公司股权的30%,同时合同约定了乙公司下属公司增资资金到位的最后期限。甲公司在合同签署后,基于对乙公司的信任,未再寻求其他合作伙伴,但在乙公司下属公司应将增资资金到位的最后期限,乙公司遗憾的告知甲公司由于资金出现短缺而无法履行出资义务。此时的甲公司,如果不能取得资金,只有选择破产,至于追究乙公司下属公司的违约责任也是远水解不了近渴,况且乙公司的下属公司类似一个空壳公司,即使甲公司赢得诉讼也于事无补。面对自己的困境,甲公司只能继续和乙公司磋商,力图挽回。乙公司提出由于资金短缺,只能在其他单位拆借,资金成本提高,据此提出在投入资金不变的前提下,其占甲公司的股份提高到38%。甲公司别无选择,只有同意乙公司的要求,签署了补充协议并约定该协议经甲公司股东会批准后生效,同时,协议重新确定了资金投入期限。甲公司因吃过一堑,怕乙公司再次反悔,于是在补充协议签订后,开始积极寻求资金,并与丙公司达成一致,约定如乙公司下属公司不能按约定到位资金,甲公司和丙公司签署的增资合同生效,如乙公司下属公司资金到位,则双方签署的合同自动消灭。在这期间,中欧贸易摩擦缓解,甲公司的业务逐步好转,其对资金的渴求度下降。乙公司了解了上述情况,将资金划至甲公司账户,但甲公司以各种理由推托办理股权变更。最终,甲乙公司经再次协商,终止了补充协议,恢复到最先签订的增资合同,即乙公司下属公司投资后占有甲公司的股份恢复到30%。

在案例9-3中,甲乙公司的合同心态变化,对合同的影响重大。在最初阶段,是甲公司心态焦灼,希望获取资金避免公司破产,在破产与让利的比较中,甲公司选择了让利。在和乙公司下属公司签订合同后,其焦灼的心态有所放松。在乙公司违约提出不能投资时,甲公司的心态变得更加焦灼,只有以进一步的利益让渡换取乙公司的投资。在甲公司情况缓解且有

备选方案时,其心态变得轻松,在甲公司心中乙公司的投资由“香饽饽”变成了“鸡肋”,之所以甲公司觉得弃之可惜是因为其看到了乙公司的资金实力,如果双方能够合作,利于公司进一步的发展,并可以提高抗风险能力。至于食之无味是因在特殊时期自己的让步较大。乙公司在与甲公司谈判时的心态是看好这个行业,且甲公司经过多年打拼,积累了一定客户资源,培养了固定的团队,如能合作可达到“借船出海”的目的。乙公司之所以出现爽约的现象是借甲公司面临的困境争取更大的权益。在乙公司的资金变成“鸡肋”后,其降低自己的期望值也属正常之举。案例 9－3 典型地反映了合同心态与合同权利义务安排及合同履行的关系。

二、审查人员对合同心态的考量与应对

既然合同心态对合同权利义务的安排及合同履行有着较大的影响,作为审查人员对当事人的心态不得不加以考量,并根据得出的结果制定相应的策略。站在自利立场,如何充分利用相对方合同心态的变化获取更大的利益,或尽量消除或降低合同心态对合同权利义务安排及合同履行带来的负面影响。合同心态是一个纯粹主观的范畴,影响合同心态的因素有内部因素和外部因素。

(一)影响合同心态的内部因素分析与应对策略

1. 当事人占有的资源对心态的影响及应对策略

权力受到外部的监督和规则的制约是其正常状态,但由于现实生活中,权力出笼的现象屡见不鲜,权力带来的荣耀和财富会逐渐让人失去正常的判断。不正常的状态持续时间一长,正常的状态反而被认为不正常。在享受漠视规则带来的快感的同时,内心会越发漠视甚至无视规则的存在。反映到经营活动中,谈判被变相的命令或指示取代,签订的合同成了遮羞布,合同的履行变成了攫取非法收益的手段。

实务中,审查人员在面对此种心态的当事人时应保持清醒,应认识到这种不正常的状态不具有持续性。荣耀和财富光鲜的背后隐藏着巨大的风险,该风险和合同本身引发的风险并非属同一范畴。由于此时合同已变得面目全非,其和法律意义上的合同唯一相同的是名称上都被称为“合同”,但其使命、适用和调整规则均不同,故引发的风险不能与合同本身引

发的风险相提并论。严格地讲,在这种状态下,审查人员的作用并不能得到真正的体现,在当事人的眼中,其存在的价值是“遮羞”。长此以往,随着当事人经营能力的弱化,审查人员的能力会自然弱化。因此,如审查人员不能正确地认识此类当事人的心态,而沦落帮凶,最终的结局只有成为大树倾倒后四处奔跑的猢狲。

2. 当事人自身处境对心态的影响与应对策略

合同心态与当事人的自身处境有着密切的联系,尤其是在当事人面临困境时,其心态的变化直接影响到对待合同的态度。身处困境时,心态积极者想力挽狂澜,心态消极者会把“死马当作活马医”,心态恶劣者“破罐子破摔”。想力挽狂澜者在合同谈判时会尽量争取自身的权益,在履行合同中会顾及自己的信誉,尽量恪守诚信原则,审查人员在面对这一类型相对方时,可以适当利用其对利益渴望的弱点,在控制总体风险的前提下,应作为常态合作对待。对抱有消极心态的相对方,合同谈判时其一方面渴望获取应有的利益,同时又怕自己的坚持会丧失翻身的机会,患得患失,在合同履行中,其往往相对地注意自己的信誉,相对恪守诚信原则,但在情形越变越糟的时候,难免会演化成恶劣的心态。审查人员在面对这种相对方时,可适当利用相对方的心态,但重点应采取措施控制合同自身的风险,而这种控制并非仅仅体现在合同条款的完善上。“破罐子破摔”的相对人因失去荣誉感而将诚信原则视为无物,谈判时对自身情况避重就轻,无论什么条件都敢答应,其目的只有一个,能获取多少利益就获取多少利益。审查人员在面对这种相对人时,除即时结清的合同外,尽量避免与其合作,因一旦出现风险,损失很难挽回。

(二)影响合同心态的外部因素分析与应对策略

合同地位是指当事人在谈判、签订合同及履行合同中因诸多因素造就的天然存在的强弱态势。平等原则是《合同法》的一项基本原则,但客观上,由于差异的存在使当事人之间并不能做到平等。但值得注意的是,合同地位并非一成不变,随客观情况的变化以及当事人心态的变化,合同地位会发生变化,甚至强弱态势会被颠倒。

合同地位和合同心态相互影响,“店大欺客、客大欺店”描述的是合作之初,处于强势地位的当事人,心态上自然占据优势,表现在合同谈判上,

合同心态占优的当事人占据上风,处于劣势者为争取交易机会则多会隐忍。然而,在合同履行过程中,强者可能恒强,但不排除因心态变化而存有外强中干的“强者”,此种情形常见于两种情形:

一是,合同地位并没有发生大的变化,但强者的心态由于受到合同外部的压力而发生变化,这种压力通常并非来源于合同本身的经济因素,而是涉及上级主管部门或相关部门对合同执行人员及对当事人经营层的评价,且这种评价事关执行人员及经营层的切身利益。合同是当事人开展经营活动的一种表现形式,但经济活动从来不能脱离政治因素而单独存在,有些时候,经营活动被赋予了浓厚的政治色彩。政治因素一旦掺杂到经济活动,对合同的理解就不能仅局限于《合同法》的理念及具体的法律规定。

[案例9-4]甲公司为完成国家安排的给藏区送光明工程,将电力工程的施工发包给乙公司。甲公司在招标时心理优势明显,但施工合同一旦签订,在甲公司心中,乙公司不仅是经营活动中的合作伙伴,其施工行为也承载了甲公司的荣誉,从一定意义上讲,甲公司经营层及合同执行人员的前途与乙公司的行为息息相关。甲公司经营层的这种心态变化,导致了其关注的视角也发生了变化。招投标时,甲公司的优势心理源于拥有的选择权,其关注施工单位的施工能力、管理能力、社会评价和合同价款。合同进入履行阶段后,当事人心态的变换来源于政治因素给予的压力和选择权因行使而消灭的客观事实。工期、质量、安全任何一项出现问题,甲公司及甲公司的经营层,甚至甲公司的上级主管单位都将承受重压,追究责任的第一步并不考量经济因素,或不主要考量经济因素,即第一步评价主要集中在考量经营层的管理能力、组织能力、应急处置能力,至于合同价款、履行中增加的各种费用并非考察重点。换句话说,在工期、质量、安全出现问题后,经营层在经济支出上控制的再合理都无济于事。但如项目能按期、保质保量地完成,即使在施工合同之外多发生一些费用,只要能说明合理理由,证明额外支出有所依据,也无伤大雅。

对上述脉络进行简单梳理可以看出:对于甲公司及甲公司经营层而言,其心态在合同履行中发生了较大的变化,让其严格按照合同约定严格控制经济支出的动力并不足,尤其在控制经济支出可能会影响工期、质量、

安全时,适度突破合同约定的合理支出会成为经营层毫不犹豫的选择。因为,对经营层的肯定性评价的主要要素是项目顺利完成,即使要考量经济要素,其占比也相对较小,甚至会被忽略。项目一旦出现问题即会对经营层做出否定性评价,其控制经济支出并不在考量范围,即控制经济支出不会在“质”上对经营层的评价产生影响,此时,即使经济支出突破合同且存不合理之处,其对经营层的否定评价的影响也仅是“量”上的影响。故,在政治色彩相对浓厚的项目中,针对经营层的评价无论是肯定性评价还是否定性评价的主要参考因素并非是经济因素。在施工合同履行过程中,既然经济因素的地位被相对弱化,施工单位如能合理判断项目业主及项目业主经营层的心态,合理合法地提出适当突破合同增加部分费用,被满足的可能性就比较大。

在政治因素渗透到合同履行的情形下,审查人员不应完全拘泥“严守合同”的理念。作为甲公司的审查人员,应该在认识到政治因素对甲公司及甲公司经营层心态的影响,在认识到经济因素在合同履行中的地位、作用以及变化的前提下调整心态,对涉及工期、质量、安全而增加的合理支出从法律层面和公司管理层面进行论述,确保增加合理支出的合法性,避免经营层在事后审计时处于被动。甚至,甲公司的审查人员在合同谈判签订时就应考虑到在履行过程中可能发生的变化,在合同条款设置上留有调整的余地,避免在委托方处于强势时,为单纯追求合同的严密性,而在履行中给公司经营层和自己造成被动。

作为乙公司的审查人员,在合同履行中应洞悉甲公司及甲公司心态的变化,在适当的时候,找出适当的理由,尤其是依托于工程的工期、质量和安全,通过签订补充协议或者签证的方式,适当增加委托方利益,但审查人员在心态的把握上应注意“分寸”。甲公司对工期、质量、安全的关注是处于第一位,但这并非是可以被要挟的理由,如一味立足于经济利益的考虑而忽略合理性,即使一时会得到满足也将会损害自己的商誉,甚至会带来不可估量的后遗症,最终会因短视而造成“搬起石头砸自己脚”的后果。

二是,在履行合同过程中,产生的实际效果和当事人最初的期望值差距悬殊,心态发生变化,然后,其通过设置履行障碍使合同的履行偏离正常状态,此种状态如不能得以及时纠正,会造成履行失控的局面。若发生纠

纷诉至法院或提交仲裁,违约设置障碍的一方可能遭受经济上的损失。从表面来看,守约方虽未在纠纷中遭受经济损失,但这并不排除会给己方造成较大损失或影响。实务中,这种损失并不局限于经济利益损失,还包括诸如商誉、对经营层的评价等无形的影响,其中有些诸如商誉等无形的损失可用经济标准衡量,也可以提出损失赔偿的请求。但有些诸如对经营层的评价根本无法用经济价值衡量,诉讼或仲裁中也不会审理该部分。站在经营层自身的角度,如在遭受否定性或相对负面的评价时,并没有任何救济手段,但不可忽视的是,经营层“将来可能获得的评价”对合同的履行有决定性影响。因此,审查人员在设定合同条款时,应注意利益的均衡性设置,不能单纯地抱有合同一旦签订就应严守的理念,防止因利益失衡而导致当事人心态失衡时的被动局面。

(三)当事人的性格及对合同行为的影响与应对

合同心态和当事人的性格息息相关,因此在合同谈判、签订及履行过程中,应对当事人的经营层,尤其是主要负责项目实施的人员的性格进行关注。当然,对一个企业来讲,面对巨量的合同,如欲做到清晰考察经营层的性格并不现实,也无必要,但在重大项目合作时,在有条件的前提下,审查人员应关注经营层的性格,真正做到知己知彼。经营层的性格大致可以分为几种:第一种是“宁为玉碎不为瓦全”的刚健型,此类性格原则性强,不擅长妥协。审查人员在面对该类人员时应注意,即使在具备条件完成逆转时,也要注意方式方法;第二种是“唯权力马首是瞻”的奴才型,该类性格的经营层的性格往往具有两面性,其对权力天生敏感,对待上级可以放弃原则,唯命是从,对待下属或合作伙伴,高高在上。审查人员在对待该类人员时,应注意把握分寸,不要一味迷信利用权力对其制约,而忘记该类人员自身固有的风险可能会给委托方带来致命性的打击;第三种是“左右逢源”的灵活型,该类人员具有较强的原则性,同时能够根据客观情况作出判断,又兼具灵活性。审查人言在面对该类性格的人员时,应与其联合共同排除合同本身以外的风险,对合同权利的争取应注重有理、有据、有节。

第十章

合同审查关注的主观范畴(下)——合同目的

第一节　合同目的概论

一、当事人的整体利益与合同目的

(一)整体利益的内涵

合同目的是当事人签订合同时预先设定,期望达到的状态或期望获取的利益。既然合同目的和当事人的利益息息相关,那在讨论合同目的时就应明晰当事人的利益。任何当事人在获得缔结合同所期待的履行利益时,都不允许相对方侵犯其固有利益。因此,在合同领域考察对当事人应立足于整体利益。整体性利益是指当事人的固有利益和因签订及履行合同获取的期待利益的总称。

(二)整体利益视角下的固有利益及在合同领域考量的意义

1. 固有利益的内涵及存在价值

固有利益是指当事人在签订合同前的保有利益,权利形态表现为财产权和人格权,前者如当事人对物的所有权,后者如当事人的名誉权。固有利益是与正在缔结的合同本身无关的独立权利,并不因债务人的给付或履行而产生,若受到侵犯,也不因合同的成立和履行而恢复。固有利益受到《物权法》、《合同法》和《侵权责任法》的保护。固有利益是法定权利,一方面,其只有依附具体的民事主体才能表现其存在,才具有生命力;另一方面,其始终不离不弃地伴随着民事主体并还给民事主体以生命,民事主体

只有维系了自身的固有利益才具有存在价值,其生命才能得到延续。

2. 固有利益的存在形态

静态下,民事主体的固有利益静默地保持着自己的固有权利形态而不张扬;在民事主体参与经济活动或其他活动时,固有利益犹如一个变形金刚,自动将固有权利形态毫不脱节地变形转化成最合适的权利状态,这种变形总是那么自然、那么及时,且大多时候以静默的状态存在,甚至连民事主体都不会察觉而只能将其归入下意识的范畴,犹如人的呼吸,都知道吸进去的是氧气,但却很少有人对氧气的化学成分和存在状态进行分析。但在合同领域,固有利益一旦受到侵害,便不再静默,且会以最为合适的形态表现出来。

3. 合同领域的固有利益及在合同领域的演化与保护

民事主体进入合同领域,固有利益悄无声息地变形为最适当的权利形态随民事主体进入合同环节,在其中表现出其应有的存在价值,或受到威胁、受到侵犯时,该利益不再蛰伏,由静默转变张扬,这种转变并不是权利或变形的权利被激活,而是因其作为权利主体的生命元素一直未曾休眠,只是因长期静默的、自然的存在被人们误以为在休眠,长此以往而被人们忽视甚至遗忘。在合同谈判、签订、履行及履行完毕的每个阶段,权利状态总是不失时机的变形为最为适当的权利状态,在民事主体毫无察觉的状态下伴随民事主体进入合同领域并静默下来。变形的静默的权利在合同领域并非仅保持消极的功能,其存在的意义并非仅是保证不被威胁或侵犯,在不同的阶段,其当然的发挥着积极的功能。消极功能主要体现在当事人的权利被威胁或被侵犯时的保护、照顾义务,积极功能则体现在确保合同债权实现的完整性。

当事人的固有利益类型多样,在变形到合同领域,更是变得面目全非,因此,不难理解其在合同领域中表现出来的内容的多样性;固有权利变形到合同领域发挥积极功能的情形因合同类型、当事人、商业背景、突发事件等不同而体现的方式、内容、结果不同;在发挥消极功能的层面,由于其受威胁和被侵犯的手段、方式及展现形式多种多样,无规律可循,表现出强烈的个案解释性特征。换言之,民事主体拥有的固有利益是既存的、固定的、独立的,在民事主体进入合同领域,固有权利根据不同的合同类型、不同的

主体、不同的阶段、不同的具体情况随时变形,而这种变形没有规律、没有先兆,且大多时候以静默的状态存在,在权利或变形的权利张扬时才会引起当事人的关注,而此时,张扬的权利已不知变形了几次,当人们试图准确定位其踪迹时,却发现已经无能为力,于是具有免疫功能的"诚信原则"成了最好的兜底条款。诚信原则、合同正义原则在合同领域衍生了部分当事人约定之外的合同义务(并不限于主给付义务和从给付义务)毫无疑义,但其仅是部分而非全部,如当事人相互负有不能侵犯相对方财产权利及人格权利的不作为义务,并非是基于诚信或正义原则演化而来,此时若非要归类于合同义务,其来源应是固有权利的变形,而非是对合同原则的解释,究其实质还是当事人的固有利益。

固有利益是民事主体既存的、独立的利益,不会因合同的谈判、签订及履行而发生改变。放眼合同领域,民事主体的固有利益贯穿了合同各个阶段而独立存在,因此,保护固有利益的《侵权责任法》、《物权法》和保护履行利益和信赖利益的《合同法》始终存在交融,只是在合同领域,相对于《侵权责任法》而言,《合同法》应被视为特别法,在对当事人固有利益侵犯的情形下应优先适用《合同法》,在《合同法》无法周全保护当事人利益时,适用《侵权责任法》保护当属应有之意。在缔约过失责任中,主要是于缔约之际未尽保护义务而致相对方人格权、财产权的损害,救济的方式可以请求加害方承担缔约过失责任;在合同履行阶段,固有利益的权利形态变形为合同随附义务的一部分;在合同履行完毕,其权利形态变形为后合同义务的一部分。

(三)整体利益视角下的合同利益

合同的签订和履行利益是指当事人因签订及履行合同获取的信赖利益和履行利益。该利益形态表现为经济利益和人格利益。对该利益的考量应从以下两个层面进行:第一,当事人本身期待获取的经济利益和人格利益;第二,当事人的意思机关及经营层及合同执行人员(以下统称经营层)获取的经济利益和人格利益。

1. 当事人的合同利益

在合同领域,当事人获取经济利益不难理解,毕竟合同行为是经济行为,其要旨在于使当事人通过参与经营行为获取期待利润。人格利益,如

商誉、信誉的提升对经营主体的意义不言而喻。常态下,当事人的利益多以经济利益为主,人格利益为辅,两者之间相辅相成。经济利益的获得无疑会壮大当事人的规模,增加主体的抗风险能力而实质上提升主体的美誉度,而美誉度的提升本身会增加主体的市场竞争力,更加利于当事人实现经济利益。

2. 经营层的合同利益

当事人的经营层的利益同样不能忽视,尤其考虑到在目前我国的经济结构和用人体制,经营层的利益对合同的签订及履行有时具有决定性作用。经营层的利益是以人格利益为主,经济利益为辅。人格利益主要表现为取得正面的社会综合评价,而社会综合评价又往往着眼于上级机关、上级领导和企业员工的评价。在“学而优则仕”的传统和等级秩序的影响下,上级机关和领导对经营层的评价关系到经营层的职务升迁、调动,而职务升迁和调动关切到经营层的社会地位、尊严、家庭、经济收入等方方面面。

考察经营层的利益对合同签订和履行的影响可区分三种状态:一是名利双收,经营层获得肯定性评价,签订及履行合同会使当事人获得经济收益,经营层获得肯定性评价。该种状态属最理想状态,在对名利双收的憧憬中,经营层会表现出极大的积极性,对合同的签订和履行都会起到非常积极的作用;二是领导交办,经营层为获得领导的肯定性评价,衡量之后的结果往往是领导的评价更为重要,企业能否获得经济利益、合同行为是否存在违反法律法规的规定则屈于次位。当然,如能做到两全其美也算是回归到理想状态;三是某些经营行为可使企业获取经济效益,但存在的风险可能会给经营层带来否定性评价,对此类合同,经营层往往会规避。

(四)整体利益与权利救济

救济是权利的构成要素,但只有在权利形态理顺的前提下,才谈得上救济的周全性和适当性。法谚有云:“有权利必有救济”,诚哉此言。仅有权利的宣言,而无权利的保障,其所谓的权利也只是张空头支票。称某人有某权利,不过是一种形式,更重要的是要看对于该人,有无实质的保障。在此意义上讲,权利为外在形式,救济为实质内容,并不为过。[1] 在权利受

〔1〕 韩世远:《履行障碍法的体系》,法律出版社2006年版,第3页。

到侵犯不能被有效救济时,意味着形式意义上的权利被毁灭。人的道德存在的条件是权利。在权利中,人类占有和捍卫其道德的生存条件——没有权利,人类将沦落到动物层面。[1] 从这个层面来看,权利本身就含有对侵权的抵抗,救济是抵抗侵权的手段,因此,救济本身是权利构成的要素,没有救济的权利不能称之为完整的权利。既然救济之于权利占据如此重要的地位,在权利受到侵犯时,救济的效果必须是及时、周全的。决定救济能否及时、周全的关键因素是权利主体对权利形态的清晰认识,取决于以下三个方面:

1. 权利主体清晰自己的权利形态是启动保护的前提

救济是权利的构成要素,但是在权利被威胁或被侵犯时,救济不会自动启动,而须依靠权利主体的主张完成对权利的保护。权利主体主张的前提是其清晰自己到底享有什么权利,如果权利主体不清晰自己享有的权利,根本谈不上启动保护程序,更谈不上及时且周全地保护权利。

2. 权利演化的路径——权利主体寻找忽略权利的方式

在合同领域权利的演化是无形的、自然的、静默的、无规律的。这些表面特征好像决定了对权利演化路径的把握具有极大的难度,但实际上,产生难以把握的原因并不在于演化路径本身,而在于权利主体对权利演化路径的下意识的忽视。权利主体忽视演化的权利并不是认为该权利不重要,而在于权利的演化路径已经“自然地”让权利主体丧失了主动观察的动机和意识。当权利受到威胁或侵犯时,权利主体面对着既定事实,囿于《侵权责任法》和《合同法》调整的不同的法律关系,往往会忘却追踪权利的来源和演化的路径,最终陷入以既定的事实去套用法律规定而试图得出满意结果的局面。民事主体把握权利路径演化的正确做法是在其进入合同领域时,首先应避开合同关系考量整体性利益,而非单纯考量合同利益;其次应正确认识侵权法和合同法对权利保护的作用、手段和时段。《侵权责任法》对权利主体的固有利益保护具有终身性,如对权利主体人格权的保护,对自然人而言,该保护从其出生直至死亡,甚至死后;对于法人主体,则始于取得营业执照,终于法人主体消亡。在权利主体进入合同领域,权利受到

〔1〕 耶林:《为权利而斗争》,郑永年译,法律出版社2007年版,第13页。

《合同法》的保护,但《合同法》的保护本身并不当然否定《侵权责任法》的保护,只是在合同领域优先适用《合同法》的规定而已。审查人员可以整体性利益为源,顺着这条主线寻找变形后的权利,并将其作为法定权利的一种类型从合同权利中剥离开来,保护的及时性和周全性自然会在一定范围内得以解决。

3. 经营层利益的不可救济性及对合同的影响

严格地讲,在合同领域,经营层有自己的利益,但该利益是隐藏于经营层内心的一种期待,其因缺少救济手段而并非属严格的权利范畴,在讲究风险的特殊群体担任经营层时,其所谓的利益都不能光明正大地放到阳光下讨论。更准确地分析,经营层的"利益"应属其对综合社会评价的期待。虽然,经营层的期待不能归入权利范畴,但在实务中,却不可忽视其对合同签订和履行造成的影响。因此,在讨论整体利益时,我们将经营层的利益纳入其中,这在合同实务上,对审查人员具有十分重要的意义。

二、合同目的的内涵

(一)学界对合同目的的定义及局限

合同目的是当事人的主观目的,但司法实践往往通过定型化的方法判断,通常限于经济目的,因此具有强烈的客观色彩。[1] 故有的学者认为:在《合同法》上,"不能实现合同目的"与"(严重)影响订立合同所期望的经济利益"具有相同或相近的含义……如此,所谓不完全履行致使合同目的不能达成,可被界定为不完全履行(严重)影响了当事人订立合同所期望的经济利益。[2]

我们暂且不论在实务中出现的,对从属于主观范畴的合同目的的考量完全赋予客观标准的方法是否全面,但可以肯定的是,若因此将合同目的等同于经济利益则是片面的。

[案例 10-1] 某生产铝合金电缆的甲公司,为了提高自己的产品知名度,经与某国内大型水电站公司乙公司协商,签订了《铝合金电缆买卖合

〔1〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 374 页。
〔2〕 崔建远:《合同一般法定解除条件探微》,载《法律科学》2011 年第 6 期。

同》,合同约定甲公司向乙公司提供一批铝合金电缆。买卖合同约定的价款远远低于甲公司的成本价。合同签订后,甲公司如约向乙公司供货,乙公司在接收电缆后,用于附属工程采集数据。

上述甲公司和乙公司签订的买卖合同对甲公司不但没有利润,反而会亏损,仅就买卖合同看,甲公司合同目的并非针对经济利益。也许会有观点认为,甲公司的行为本身是一种营销手段,在获取声誉后,最终的目的还是在于赚取利润,这只是甲公司对长远利益和现实利益的考量做出的决定。这种观点的判断并没错,而且事实上甲公司在给乙公司供货后,其取得了标志性工程营销的效果,其他电站看到乙公司都已使用铝合金电缆,为降低成本也纷纷效仿,甲公司因此获取了丰厚的收益。但这恰恰说明了,当事人在经营过程中,存在长远利益与现实利益的考虑,在企业发展的不同阶段,声誉的取得有时会超越取得的经济利益。因此,将当事人的目的定位为经济利益是片面的。另外,若将合同目的等同于经济利益,则会有许多合同无法解释,如这些无法解释的合同发生争议而诉至法院或仲裁机构,裁判者局限于合同目的也就是经济利益的判断,在基于合同目的解释合同条款时,得出的结论存在南辕北辙的可能。因此,考察合同目的不能局限于经济利益,而应从当事人的整体性利益入手进行探讨。

(二)合同目的的内涵

1. 当事人的目的——经济利益和人格利益目的

合同行为是一种经济行为,常态下,当事人签订及履行合同的目的是为了赚取经济利益,在此情形下,我们更多的会关注当事人的经济利益,而忽视人格利益。在实务中,人格利益目的的实现有积极方式和消极方式的区别。在案例10－1中,甲公司低于成本价向乙公司供货博取声誉的行为属于积极实现人格利益目的的情形。这种例子在现实生活中数不胜数,如开着奔驰送烤鸭、免费担任政府机关的法律顾问。其合同的目的并未着眼于经济利益,而是定位于声誉的提高,其通过参与标志性工程,提升商誉,利用商誉的边际效应获得其他订单,最终赢得更大的市场,赚取更多的利润。严格地讲,消极取得人格利益目的的情形存在于所有的经营行为之中,客观上,赚取利润后带来的效应如抗风险能力的提升、规模的扩大,无疑会提升当事人的商誉,其最终效果和积极提升商誉的行为有异曲同工之妙。

2. 经营层的合同目的——人格利益为主

经营层的合同目的与当事人的目的既有联系也有区别。联系表现在当事人与经营层之间的是一个相辅相成的关系。常态下,当事人的成功会带给经营层肯定性评价,而经营层获得肯定性评价往往也意味着当事人的成功,反之则相反。区别在于法人和经营层在法律上都是独立的民事主体,其均有着独立的利益诉求。

法人是法律认可的主体资格的团体。任何团体皆以自然人为基础而存在。[1] 法人作为自然人的团体构造,其本身并不具备思维能力,也不能亲自实施具体行为。法律在认可法人主体资格时,为了维系法人法律上的生命力,为了保障法人的行为遵从设立人的要求和法律制度安排,法律同时对其“组织机构”作出了强制性规定。自然人的意志通过“组织机构”附着到法人主体。《公司法》上的股东(大)会通过订立章程和表决,在法人内部将自己的意志转化为法人的意志,股东(大)会成为法人的意思形成机关,即最高权力机关,但股东(大)会并非常设组织机构,其一般不直接对外交往,担任对外表达法人意志的机构为如同《公司法》上的董事会。从组织机构设置上看,股东(大会)是法人内部的意思形成机关,董事会是对外表达法人意思的机关,执行层是执行法人意志的具体执行机构。

实务中,公司股东并非都是自然人股东,但除去国有企业,最终都可以追溯到自然人,既然是这样,在法人参与经营活动时,法人的合同目的和经营层的合同目的对外具有整体上的一致性。但不可忽略的是,法人的合同目的和自然人目的之间的差异性,尤其在公有制为主体的企业,这种差异性在实务中显得更为重要。“任何团体皆为自然人而存在”并不能完全涵盖目前我国的法人主体的所有情形。一般情况下,自然人取得公司股东的地位是基于资金的投入。股东投入资金后,成为股东(大)会成员,取得股东的权利,如表决权、收益权等。但于国有企业的情形,股东并非是自然人而是国家,国家是抽象的存在。如法人一样,国家的意志要通过自然人形成及对外表达,代表国家股东的自然人虽决定着国有企业的意志形成,但此自然人并非彼自然人。在自然人作为公司股东时,股东享有的权利如收

〔1〕 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2013 年版,第 407 页。

益权是基于资本的投入而形成的资本收益,而代表国家股东的自然人,其享有的收益并非资本收益而是劳务性收益。

在合同领域,国有企业经营层的目的和当事人的目的的一致性在于,常态下,经营层希望努力经营使当事人获得发展。其区别在于,当事人获取的收益和经营层获取的收益存在差异,即当事人获取经济利益和人格利益,经营层获取肯定性评价和工资性收益。对经营层而言,经营管理之所以重要因其不仅是涉及企业的生存发展,还关系到对经营层的评价,而评价的好坏又对经营层至关重要。因此,作为经营手段之一合同签订及履行,就必定掺杂经营层的个人意志和追求,不可能不受经营层意志的左右。对经营层的评价是基于综合因素作出,经济因素是一个重要指标,但并非唯一指标。体现到合同领域,受评价的经营层对合同关注的着眼点并非仅仅局限于合同可能带来的经济利益,还包括政治因素、社会影响、行业评价、领导评价、员工评价等。从这个意义上看,经营层的合同目的主要体现为人格利益。抛开特殊群体应有的奉献精神,经营层的合同目的是获取肯定性评价,至于因合同的签订及履行获取的劳务性收益本身也是肯定性评价的一种体现。

3. 合同目的中自然含有固有利益不被侵犯的目的

固有利益可以看成是当事人的存量利益,拟签订及履行合同取得的利益可以看作是增量利益,当事人在获取增量利益的同时,其势必关心存量利益是否遭到损害,否则就成了狗熊掰玉米,经营行为将失去意义。只是在实务中,固有利益大多是静默地存在,不能侵犯存量利益的目的往往会被当事人忽略,但忽略本身也恰恰说明了其存在。将不能侵害固有利益作为合同目的之一,有利于解释在当事人违反那些与主给付利益的完成关系较远的义务时,为什么当事人可以解除合同的现象。另外,将固有利益不应被侵犯作为合同目的之一可使当事人在构建合同义务体系时,能清晰哪些是核心权利,而予以救济上的关照。

三、合同目的的分类

(一)积极目的和消极目的

1. 积极目的和消极目的的分类及内涵

根据当事人实现合同目的主动性可将合同目的分为积极目的和消极

目的。积极目的是当事人通过签订及履行合同拟获取信赖利益或履行利益,积极目的具有未来实现性;消极目的是当事人在签订及履行合同时确保自身固有的利益不受侵犯的目的,消极目的具有现实保有性。

2. 积极目的和消极目的区分在实务中的运用

(1)有利于当事人明晰在合同不同阶段的权利形态。合同的签订过程是当事人出于积极的目的对未来关系进行规划的过程,合同的履行过程是当事人对之前所规划的关系的实现过程。积极利益的未来特性决定了合同文本固化的权利类型处于不确定状态。规划的未来权利转变为现实权利需要条件的成就和主客观障碍的克服。合同法规定、合同文本条款的约定的及根据合同法、交易习惯衍生出来的合同义务的实质是确保当事人规划的未来权利的终极实现。但在实现过程中,囿于主客观条件的限制,权利形态表现出阶段性和互为条件性。换言之,规划的权利形态是期待的"终极性"的权利形态,其设计是基于假定全部假设的条件都能成就的前提,因此其是当事人"假定"的、"期待"的权利形态,其只有在合同得以顺利履行的情形下才会转变为现实的终极权利形态。法律的规定和合同文本的约定都以此为中心,即合同文本将当事人的未来关系进行固化,《合同法》以具有的强制性赋予合同约定的强制实现力。

但在实务中,假定的前提会因主客观条件的限制而使规划的未来权利的实现充满变数,也就是说,规划的未来权利形态并非总会完全按当事人的事前规划发展,其最终的实现也并非一蹴而就。因此,在合同履行阶段,规划的未来权利形态会呈现出阶段性特征。阶段性的权利形态不同于合同文本签订之时的初始权利形态,也不同于规划的终极权利形态。初始权利形态—阶段性权利形态—终极权利形态的演化伴随着权利主体义务的履行、条件的成就及障碍的克服而变化。正常情况下,演化形成的阶段性权利形态应始终与适当的义务形态和客观状况相匹配,如匹配性失衡,则争议形成。至此,在合同履行阶段出现了权利形态的交织,加之固有权利形态在合同领域的变形,使权利形态的存在表现出复杂性。区分当事人的积极目的和消极目的的出发点就是使复杂的局面清晰化,其本意是沿着不同的主线,寻觅权利形态的演化路径,寻觅阶段性权利形态应匹配的义务和条件,在匹配性失衡时如何完成救济,最终的目的是使权利形态清晰并

得到充分的保护。

(2)在合同领域,有利于正确认识合同法和侵权法的关系。《侵权责任法》是规范侵权行为及其法律责任的法律规范的总称,其与《合同法》在民法中属于相互独立的两个部门法律,侵权责任和合同责任有着质的区别。《侵权责任法》和《合同法》的区别主要体现在:其一,法律规范的性质不同,合同作为交易的法律形式,是法律所鼓励的合法行为。《合同法》借助大量的任意性规范,充分尊重当事人的意思,鼓励当事人在法定的范围内行为。《侵权责任法》体现了强行法的特点,侵权行为是侵害他人的财产和人身行为,是法律禁止的行为;其二,保护的权益范围不同,《合同法》保护的是当事人之间的相对权,《侵权责任法》保护的是合同债权以外的绝对权,《合同法》保护预期利益,《侵权责任法》保护固有利益;其三,规范的内容不同,由于《侵权责任法》调整的是因其侵权行为产生的债务和责任,而《合同法》调整的是交易关系,因而在构成要件、归责原则、责任主体、举证责任、责任方式、免责条件、诉讼时效等方面的规定各不相同;其四,责任方式不同,《侵权责任法》和《合同法》虽然都以损害赔偿为其责任形式,但是在适用损害赔偿责任时,两者在归责原则、构成要件、赔偿范围等方面都存在明显区别。某些适用于合同责任的形式如违约金,不能适用于侵权法,同样,某些适用于侵权责任形式,如恢复名誉、赔礼道歉也不能适用于合同责任;其五,规范功能不同,在民事法律体系中,《侵权责任法》与《合同法》作为民法中的基本法律,担负着不同的功能。一部是维护交易秩序、促进交易的法律,另一部则是保护绝对权、预防损害的法律;其六,侵权之债的规则主要起到保护财富的作用,合同之债的规则应具有创造财富的功能。《侵权责任法》的目的是使公民有义务赔偿因其不法行为给其他公民造成的合同关系之外的损害。[1]

尽管侵权之债和合同之债存在诸多的差异,但不可否认的是,随着责任竞合的不断发展,《侵权责任法》和《合同法》已具有逐渐相互渗透和融合的趋势。[2] 其实,《侵权责任法》和《合同法》的交融是客观存在的,《侵权责任法》对于民事主体的固有利益的保护并不因民事主体进入合同领域

〔1〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社2015年版,第77-79页。

〔2〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社2015年版,第77页。

而失去效力或中断,这体现在以下几个方面:首先,《侵权责任法》和《合同法》一样,目的都是维护社会秩序,都体现了公共权力对权益的强制保护,这犹如一个硬币的两个面,相对于权利人,《侵权责任法》禁止的行为表现为义务人负有的不作为义务,《合同法》鼓励的是当事人的积极行为;《侵权责任法》保护的是权利人的固有或存量权利,《合同法》保护或引导当事人实现的是对未来规划的权利或增量权利。在合同领域,《侵权责任法》由于其消极性被具备积极性的《合同法》掩盖而使人们忽略了其客观的存在,而人们的"忽略行为"又成为了反证《侵权责任法》和《合同法》相互之间具有绝对独立性的证据,这显然是用一个错误去验证另外一个错误。毋庸置疑,《合同法》和《侵权责任法》是独立的,否则,其中之一就没有存在的必要性,但在强调独立性时,应认识到所谓的独立是相对的、有限的独立,而交融却是绝对的。

例如,在《房屋租赁合同》中,承租人故意破坏房屋,则出租人对于承租人同时成立合同之债和侵权之债。侵权之债来源于承租人对于出租人固有利益的侵犯,合同之债来源于当事人的附随义务,那附随义务何来?是不是附随义务都源于《合同法》的诚信原则?或者说附随义务源于诚信原则和《合同法》及特别法的规定?有学者认为,附随义务不是由当事人在合同中明确约定的义务,而是依据诚实信用原则产生,或者说,是诚信原则的具体体现。[1] 或认为,附随义务是民法诚实信用原则在债法领域的内在延伸和发展。其产生并不旨在对债权人给付利益的保障,而是着眼于当事人既存利益或完整利益的维护。[2] 另有学者认为,在我国现行法上,附随义务不仅基于诚实信用原则而发生,而且有些是根据法律的直接规定而产生的。《合同法》第60条第2款概括地确认了随附义务的地位并列举了重要的类型,第68条规定了主张不安抗辩权的当事人负有举证对方当事人已经丧失或可能丧失履行债务能力的证明义务,第69条规定了行使不安抗辩权的通知义务,第102条规定了债务人提存标的物之后及时通知债权人或其继承人、监护人的义务,第240条规定了承租人依约向违约的出卖人

[1] 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社2015年版,第393页。
[2] 刘毅强:《附属义务侵害与合同解除问题研究》,载《东方法学》2012年第3期。

索赔时出租人的协助义务。[1]

从上述观点可以看出:学界认为附随义务来源于诚信原则和法律规定,而此处的法律规定却局限于《合同法》或其他特别法上的“明文列举式”规定,如《保险法》第16条规定的如实告知义务等。但事实上,附随义务的来源不仅限于上述两种方式,其当然应包括其他法律规定的民事主体应具有的权利,如《民法通则》、《物权法》中规定的民事主体的权利,而这些权利本身属民事主体的固有权利。因此,附随义务的来源是法定和诚信原则,但该“法定”不仅限于法律明确规定了“保密”、“保护”、“协助”、“告知”等条款,其自然应包括法律赋予民事主体的所有关于权利的规定。还以承租人故意破坏出租人房屋为例,出租人对于房屋拥有的财产权在《房屋租赁合同》签订之前和合同履行完毕都存在,都受到侵权法和其他法律的保护,只是进入合同领域,特定人的不作为义务演化成了相对义务人的保护义务,其之所以演化为保护义务并非是以其取代不作为义务,而是负有不作为义务的“不特定的人”因合同的签订“被特定”化,由于距离被拉近,“不作为义务”被强化成“保护义务”,实质上,承租人负有的保护义务依然是不作为义务。但值得注意的是,该保护义务并非来源于诚信原则,而是来源于《物权法》的规定。

不可否认,诚信原则在合同法中具有重要地位,其具有法具体化功能、正义衡平机能、法修正功能和法创设功能。[2] 正是诚信原则具有这些功能,在分析附随义务来源时,诚信原则被扩大为兜底条款的功能,即在合同签订及履行过程中,《合同法》没有直接规定且合同文本没有约定的,但对合同签订及合同履行有着实质影响的义务往往都被视为来源于诚信义务。但我们注意到,诚信原则是一种价值判断,是一个抽象的原则,其缺乏具体的内容。甚至,要想对诚实信用做出一个精确的定义也是不可能的。[3] 在具体运用的环节,为了维护法律适用的稳定性,只有在穷尽合同有效约定和法律规定的前提下才能适用诚信原则。也就是说,在附随义务来源上,只有穷尽法律规定和合同约定,才能将诚信原则作为附随义务的来源。显

〔1〕 崔建远:《合同法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第240页。

〔2〕 王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第191页。

〔3〕 耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第119页。

然,在承租人故意损坏出租人房屋的情形,将附随义务的来源归结为诚信义务是不适当的。因此,在强调《侵权责任法》和《合同法》之间的独立性的同时,还应正确认识《侵权责任法》和《合同法》相互交融的客观状态。

此外,有人过分强调《侵权责任法》和《合同法》的独立性是基于《侵权责任法》保护的是绝对权利,或称为对世权,《合同法》保护的是相对权利,或称对人权。绝对权和相对权是根据权利效力所及的范围进行的分类。绝对权的效力及于所有人,或者说,以不特定人为义务人。相对权效力及于特定人,即特定人为义务人。[1] 分类作为方法,对于法学研究和法律实务具有重要意义,但无论多么完美的法学分类,总是不能囊括实务的全部,总会在不知不觉中,有意无意地遗漏很多细节,因而看似完美的分类其实并不完美,只不过,这种并不完美的分类经常处于人们并不觉察的状态,它往往固化为人类知识体系的一部分并被信奉为真理,从而成为一种潜伏的问题,时常给人类的法律思维与法律生活造成麻烦。[2] 以权利效力范围划分绝对权和相对权同样面临着这样的局限。盖债权虽为相对权,而相对权并非神圣不可侵犯。既然为权利,则一般人应负有不为侵害之消极义务。[3] 其实绝对权和相对权的划分虽然中间混杂的因素已对两种权利形态的分类基础形成冲击,如债权的物权化倾向、合同责任与侵权责任的竞合等,但这种冲击还不能从根本上动摇其分类的意义。不过,我们也不能忽略权利分类的局限。原本对权利的分类属于认识论的范畴,其目的是更好地认清权利的本质,以期对其进行更加妥当、更加有效的保护,但如果为了分类而分类,或为强调分类的绝对正确性而忽略分类的局限,然后又在有意或无意“忽略局限”的基础上划分《合同法》和《侵权责任法》调整的范围,其得出的结论显然是建立在“错误”的基础之上,当然,这也违背了对权利予以分类的初衷。

因此,在合同领域,如以绝对权和相对权泾渭分明的区别为基础,讨论是否适用于《侵权责任法》,并以此为基础得出不能使用《侵权责任法》的结论显然是片面的。民事主体签订合同后成为当事人,但民事主体在进入

---

〔1〕 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2013 年版,第 498 页。

〔2〕 王长发:《法学分类方法的局限性及其克服》,载《黑龙江社会科学》2007 年第 4 期。

〔3〕 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 1 - 2 页。

合同领域前,其享有的权利如财产权、人格权都属于绝对权,这些权利在民事主体进入合同领域后不会自然的消失,其依然受到《侵权责任法》的保护应无疑义。因此,以权利分类考量,合同领域能否适用《侵权责任法》应从两个方面入手:第一,当事人享有的与合同义务履行无关的绝对权;第二,当事人拥有的与合同义务履行存在密切关联的绝对权。至于考量绝对权在不同的合同阶段所产生的差异,应根据合同的不同类型、性质及合同阶段区分。

例如,我们通过三种形态来分析当事人的合同义务来源及合同法与侵权法对民事主体权利的保护。第一种是甲公司租赁乙公司的房屋签订《租赁合同》。租赁合同中,乙公司拥有绝对权的房屋成为了合同的标的物;第二种是甲公司如与乙公司签订一份《货物买卖合同》,约定交货地点在乙公司的房屋内。买卖合同中乙公司的房屋并非合同标的物,但其与合同有着密切关联;第三种是在上述两类合同中,甲公司以诽谤的形式侵犯乙公司的名誉权,此时乙公司的名誉权与合同履行没有关联。

在第一种情形中,乙公司的绝对权对应的义务是交付房屋的主给付义务,对于合同相对人甲公司,其对应的主给付义务是支付租金的义务。乙公司享有对房屋的绝对权在租赁合同情形下,部分变形为甲公司的附随义务如保护义务;在房屋受到第三人损害或自然损害时,甲公司应承担通知乙公司向第三人索赔或进行修缮的通知义务。对甲公司而言,在租赁合同情形下,其支付租金的主给付义务来源于合同约定,通知义务来源于诚信原则的延伸;保护义务的源头在《物权法》,只是在合同领域变形为附随义务而受到《合同法》调整,但却不能认定该义务源于《合同法》。主给付义务、通知义务受《合同法》调整无疑,唯保护义务发生《侵权责任法》和《合同法》保护的竞合中,只是在合同领域应优先适用《合同法》。优先适用《合同法》虽在表面排除了《侵权责任法》的适用,但这不能得出《侵权责任法》不再调整的结论。

在第二种情形中,乙公司的房屋所在地成为交付地点,就房屋本身而言,甲公司承担的义务类型仅为附随义务,即在甲公司取货时负有保护乙公司房屋不受损害的义务,该义务的源头同样是《物权法》中赋予乙公司的权利变形到合同领域。如在合同履行期间,甲公司损害了乙公司的房屋,

则发生侵权责任和合同责任的竞合。此时乙公司可以依据“有利原则”,做出最适合自己的选择,即选择是使用《侵权责任法》,还是《合同法》予以主张损害赔偿。如乙公司选择使用《侵权责任法》提起损害赔偿,甲公司如以纠纷属合同纠纷而不应适用《侵权责任法》来抗辩是不能成立的。

在第三种情形中,乙公司的名誉权属于绝对权利。在合同领域,名誉权不受侵犯变形为合同中甲公司的附随义务,即保护义务。如甲公司散播不利言论损害乙公司的名誉,此时乙公司依据《合同法》的规定实行救济在理论上是否存在可行性?类似的例子,如一名演员与制片方签订了一份演出合同。在订立合同后,演员方得知制片方为达到其宣传演出的效果,在签约之前对其进行过严重的人身诽谤。该演员认为,制片方的诽谤行为,对其名誉造成了严重的损害,并对其将来的演艺事业的发展造成不可估量的消极影响。遂要求解除合同,因而可以支持其解除合同的请求。[1] 这种学说统一考虑当事人的合同利益与固有利益,较周全地保护了债权人利益,体现了“关系契约理论”的精髓。因为大多数当事人虽然仅仅着眼于合同的经济目的,但若双方因合同以外的事由完全丧失了信任,继续维持合同效力亦强人所难。[2]

从上述的论述可以看出,乙公司的人格权受到侵犯时可以受到《合同法》的保护,那这种保护是否周全?试想一下,在乙公司依据《合同法》的规定解除了与甲公司的合同关系,如甲公司停止损害乙公司的名誉,则事件告一段落。但问题是甲公司给予乙公司的信赖利益或履行利益的赔偿能否能替代甲公司负有的赔礼道歉和消除影响义务?再如上述案例中的演员,其被制片方进行了严重的人身诽谤,即使最终演员请求解除合同的请求被裁判机构支持获得了经济赔偿,但囿于合同的相对性和合同责任的形式限制,演员因声誉被损害而造成的影响并未消除,这对其以后的演艺事业的影响是不是还在持续?演员解除和制片方的合同是否达到了演员的初衷?

再进一步,如甲公司在解除和乙公司的合同后继续散布谣言侵犯乙公司的声誉,在理论上乙公司依然可以采取《合同法》进行救济。《合同法》

---

〔1〕 刘毅强:《附随义务侵害与合同解除问题研究》,载《东方法学》2012 年第 3 期。

〔2〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 395 页。

第92条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”《合同法司法解释(二)》第22条规定:“当事人违反合同法第九十二条的义务,给对方当事人造成损失,对方当事人请求赔偿实际损失的,人民法院应当支持。”从上述规定可以看出,我国法律将后合同义务纳入了当事人的义务群。后合同义务是指在合同终止后,当事人根据诚实信用原则而应当履行的旨在维护给付效果或者妥善处理合同终止事宜的通知、协助、保密等义务。合同解除是合同消灭的方式之一,根据我国《合同法》第91条的规定,合同解除是合同终止的原因之一。因此,在合同解除的情形,当事人违反后合同义务可适用《合同法》的规定予以救济。

但问题是,乙公司因甲公司侵犯其名誉权而解除合同,而合同解除后甲公司依然继续侵犯乙公司的名誉权,此时,乙公司若依据《合同法》的规定,请求甲公司赔偿,根据《合同法司法解释(二)》的规定,赔偿被限定在“实际损失”的范围。显然,对乙公司而言,合同法的保护力度较弱。若合同解除后,甲公司继续侵犯乙公司名誉权,乙公司依据《侵权责任法》的规定提起诉讼,要求甲公司停止损害、赔礼道歉、消除影响、赔偿损失,则力度较依《合同法》提起诉讼的力度要强。

从上述三个不同形态的例子可以看出,《侵权责任法》一直如影随形的对民事主体的绝对权利进行着保护。在合同领域,《侵权责任法》的适用和《合同法》的适用存在竞合,而这种竞合的所提供的保护力度并非一成不变。就民事主体享有的绝对权看,在合同的不同阶段,《侵权责任法》和《合同法》的保护力度处于此消彼长的状态,即在绝对权离合同近时,《合同法》的保护力度增强,《侵权责任法》的保护力度“显得”减弱(实质上保护力度并未减弱,只是因对比而显得弱);在绝对权与合同慢慢拉开距离时,《合同法》的保护力度逐步衰减,而《侵权责任法》的保护力度却被“显得”强劲。

(3)区分积极利益和消极利益的目的是为给民事主体提供更加周全有力的保护。自身缺乏救济因素的权利不是真正意义的法律权利,从这个角度看,权利总应得到法律周全的救济。但在实务中,应被周全救济的权利却常会处于无助境地。其实,这本身并非是法律保护出现真空而使对权利的救济不周全,而是权利人对救济方式的选择失当,致使对权利救济被自

己置于"无力"状态。因此,适用法律和救济手段的选择对权利人而言至关重要。

在合同领域,当事人清晰权利的形态有利于选择适当的救济手段。如当事人的利益被侵犯,因利益类型和客观状态的差异,其可选择的适用法律及救济手段存在差异,这种差异直接关系到其救济力度的强弱。在合同的积极利益受到侵犯时,基于合同的相对性原则,当事人只能依据《合同法》的规定实施救济;而消极利益受到侵犯,在合同不同的阶段,当事人则有着不同的选择。在固有权利变形为合同附随义务,且《合同法》能提供有力救济时,当事人应选择适用《合同法》,而固有利益虽变形成合同附随义务,但如《合同法》提供的救济力度弱,或其提供的救济力度弱于侵权法提供的救济力度时,当事人从"有利原则"出发,自然应选择适用《侵权责任法》的保护,如当事人的固有利益未进入合同领域,或虽通过诚信原则的解释而延伸至合同领域,但如《合同法》的保护力度衰弱时,权利人应选择适用《侵权责任法》予以救济。

权利人在选择适用法律对自身权利进行救济时,应注意以下三种情形:(1)在《合同法》和《侵权责任法》的具体规定都不能提供有效救济的情形。此时,在合同领域,可依托合同的基本原则,如合同自由原则、诚信原则的解释寻求救济;(2)在侵权责任和违约责任竞合时,侵权责任难以保护信赖利益损失,而合同责任难以保护精神损害赔偿,同时,其责任方式存在着巨大的差异,当事人只有根据具体情况,从"有利原则"出发,选择适当的救济方式。例如,女演员被制片方诽谤,如女演员选择适用《合同法》进行救济,请求解除合同,赔偿信赖利益应能被满足,但消除影响、赔礼道歉、精神损害赔偿的请求则于法无据;(3)注意在诚信原则被合同约定排除适用或被当事人约定变更情形时的权利救济。《合同法》的基本原则有若干项,在是否允许当事人以约定排除其适用范围的问题上,并不能整齐划一,需要类型化地分析。[1] 一般认为,作为一种原则,一种以利益为导向的诚实信用原则,作为一种判断标准,属于强制性规范,是不可以被当事人排除的,但是,在一定条件下,它允许当事人对其加以有效地变更。[2] 在女演员

〔1〕 崔建远:《合同法总论》(第一卷),中国人民大学出版社2011年版,第28页。

〔2〕 耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第119页。

和制片方签订的演出合同时，如合同约定制片方不承担在制片过程中了解的女演员的隐私的保密义务，该条款的约定很难界定为无效。该约定其实是提高了女演员的履约标准，即其在履约中应对自己的隐私加以特别的注意。但此时，女演员的救济途径并未被完全堵塞，其完全可以依据《侵权责任法》的规定进行救济。因此，在固有利益被损害的场合，无论损害人的损害行为发生在何领域，民事主体寻求权利救济的途径是多种多样的，即使在合同领域，当事人也不应仅仅局限于《合同法》给予的救济手段。

(二)经济利益目的和人格利益目的

1.经济利益和人格利益目的的内涵

根据合同目的指向的利益形态，合同目的可以分为经济利益目的和人格利益目的。经济利益目的是指当事人通过合同签订及履行期待实现经济收益；人格利益目的是指当事人通过合同签订及履行实现商誉提升等人格利益。

2.经济利益目的和人格利益目的区分在实务中的运用

(1)在合同权利义务体系构建上，利于当事人清晰自己拟取得的核心权利和非核心权利，并对制约核心权利及非核心权利的实现条件，以及在诸多权利中，对当事人取得哪些权利的"紧迫度"做出合理的判断。合同注重的并非是单纯的即时性，而是注重持续进行的履约时间段，当事人实现合同目的，取得合同权利并非会一蹴而就，在持续的时间段内，随着权利实现的条件逐步成就，或制约因素的逐步消失，当事人期待的权利逐步丰满。但合同的履行并非总会按部就班地依照当事人的意愿进行，突发因素的出现、当事人认识的变化、法律法规的变更、经济背景的改变无一不对合同的履行构成冲击，无一不会影响当事人完整地实现期待权利。为避免合同目的落空，在核心权利不受影响的前提下，当事人往往会容忍一些意外的发生与存在。

[案例10-2]买受方购买一匹汗血宝马，约定在款项支付后几个工作日内，出卖方应将汗血宝马和血统证书一并交付给买受方。此时，买受方取得汗血宝马满足的是经济利益目的，而血统证书交付的重要性则因买受方期待实现的人格利益目的，而与经济利益目的有着质的区别。

如买受方购买汗血宝马就是满足自己的骑行需要，出卖方交付汗血宝

马则为买受方的核心权利,买受方的合同目的侧重于经济利益目的,而取得血统证书为非核心权利,买受方的人格利益目的所占比重较轻。在履约中,如出卖方迟延交付汗血宝马对买受方影响较大,但如迟延交付血统证书,买受方的感觉可能并不像迟延交付汗血宝马那样紧迫,纠纷的发生概率也较低。

若买受方购买汗血宝马并非为骑行,而是为炫耀,血统证书因有证明作用而处于重要地位。买卖合同中,取得汗血宝马和获得证书都是买受方的核心权利,买受方的合同目的中人格利益目的与经济利益目的的地位不分伯仲,或人格利益的地位会高于经济利益。此时,如出卖方迟延交付血统证书,会让买受方的目的受挫,纠纷发生的概率大增。

若买受方购买汗血宝马并取得血统证书是为到国外交流而提升自己的社会地位,且由于各种因素制约,买受方只能携带血统证书参与境外交流,那买受方取得血统证书是合同的核心权利,而取得汗血宝马是否能成为核心权利还有待观察。此时,买受方的人格利益目的已经超越经济利益目的,如出卖方迟延交付血统证书导致买受方不能按时参加在国外的交流活动,则意味着买受方签订买卖合同的必要性丧失。

通过上述分析可以发现,即使是同种合同,因当事人合同目的不同,其期待实现的核心权利有着质的差异,而这种质的差异会对合同体系构建产生实质性的影响,或者说,合同目的的不同造成了当事人关注的核心权利的不同,其应设定的保障和救济措施因针对的重点不同而不同,其看待合同存在的必要性亦不同。

(2)经济利益目的和人格利益目的不同影响着当事人对救济模式的选择。例如,在女演员被制片方诽谤的情形下,如女演员签约当时是以经济利益目的为主要目的,约定了较高的片酬,在制片方对其进行人身诽谤后,其从“有利原则”出发,选择适用《合同法》救济,可能获取的赔偿与履行利益相当,变相实现了经济利益目的。如当时女演员签约就是为了提高知名度,是以人格利益目的为合同目的,而约定的片酬仅具象征性意义,存在制片方对其人身诽谤的情形,如依据《合同法》实施救济,可能获取的履行利益因微不足道而背离签约时的合同目的。此时,选择适用《侵权责任法》的规定实施救济,也许会成为不错的选择。

(三)直接合同目的和间接合同目的

1. 直接合同目的和间接合同目的的内涵

根据合同文本能否反映合同目的,可将合同目的分为直接目的和间接目的。直接目的是指能从合同约定条款直接推导出来,或合同文本直接进行了描述的合同目的;间接目的是指合同文本没有描述,且难以从合同文本直接推导出来的合同目的。间接合同目的根据主体不同又分为两类:第一,当事人的人格利益目的;第二,当事人经营层的合同目的。在上文已讨论经济利益目的和人格利益目的的区别和意义,此处主要讨论合同的直接目的和经营层的目的的区别及意义,本章下文中所涉及的间接目的均指经营层的合同目的。

2. 直接目的与间接目的在实务中的差异

(1)关注的主体不同。关注合同直接目的的是当事人,但这并不能否认经营层对合同直接目的的关注,不过因为经营层的关注掺杂了自身的主观因素和利益诉求,关注的角度和目的与当事人存在差异。常态下,合同直接目的实现与经营层的利益“一荣俱荣,一损俱损”。但特殊情况下,如在等级秩序对合同签订和履行有着实质影响时,当事人的直接合同目的实现与经营层的间接目的实现会出现割裂局面,存在当事人的直接合同目的未实现,而间接目的已实现的情形,关注间接合同目的的主体是经营层或其他利益主体。理论上讲,无论经营层是作为当事人的意思机关、执行机关,在当事人签约、履约中都不应夹带私货,但在实践中,合同签订与履行的好坏本身就是评价经营层的一个重要指标,加之等级秩序对经营活动和经营层施加的有形或无形的影响,经营层不得不站在自利的立场去关注如何获得肯定性评价,尤其是上级机关和领导的肯定性评价。

(2)指向的利益形态不同。合同的直接目的指向的是经济利益,人格利益和给自身带来的其他有利状态。常态下,直接合同目的以经济利益为主,人格利益为辅,但不排除经济利益和人格利益并重,甚至以人格利益为主,经济利益为辅的情形。只是,当事人以人格利益为主时,其将获取经济利益作为长远利益目标,其最终目的还是为获取经济利益。间接合同目的是以人格利益为主,或主要表现为人格利益,经济利益往往作为附加利益。

(3)判断方式不同。合同直接目的中的经济利益目的可从合同模式、

合同条款的解释中推导出来,甚至,有时合同的经济利益目的会在合同条款中直接表述。直接目的中的人格利益目的可依据经验,从当事人的行为中予以判断。而判断合同间接目的则比较复杂,经营层均由自然人构成,其世界观、性格、思想境界、学识、经验不同,行为的目的亦不同。实务中存在具有奉献精神的经营层,也有自私自利的经营层。因此,合同间接目的具有多样性和个案性,甚至在一定程度上具有不可知性。

3. 直接目的和间接目的对合同的影响与利用

(1)合同的签订与履行都不可能脱离"人为因素"。从法律规定上看,当事人虽是独立的存在,但归根结底,类似股东会决议、董事会决议这些法人主体的"意思"是由自然人做出,或者说是自然人"意思"的汇总。法人主体意思的对外"表示"需通过自然人完成。因此,隐藏在当事人背后的人为因素,对合同的签订及履行具有决定性影响。分析委托方间接目的是推导经营层的真实意思,目的是做到"知己"。

法人主体和经营层之间具有的利益一致性和独立性决定了合同直接目的和合同间接目的的一致性和独立性。独立性决定了即使在当事人内部也一样存在信息不对称的状况,体现到合同领域,交给审查人员审查的合同,展现的往往是合同直接目的,合同间接目的则需要审查人员自行判断。审查人员对合同间接目的的判断直接影响到审查工作的顺利开展。至此,不难理解在实务中为什么审查人员作出的在风险排除上无可挑剔的审查意见,却得不到经营层认可,在执行过程中逐渐走样,也不难理解为什么有些审查意见的专业水平较差,却能够取得经营层的信任,出具的审查意见能够得到执行。

然而,审查人员对经营层间接目的的判断是其以自己的主观推测去推导经营层的主观状态,其难度可想而知,其间存在差异也属正常。在此过程中,审查人员自身也会面临地位和责任困境,但即使是这样,其也只有知难而进。审查人员可综合分析既存事实去推导合同间接目的:

第一,企业性质和发展阶段。一般而言,民营企业具有较强的冒险精神,但国有企业,由于经济指标仅仅是考核经营层的指标之一,同时,国有企业经营层受到的束缚更多,管理经营模式相对保守。另外,企业在不同的发展阶段所采取的策略也存在差异,在生存阶段,对经济利益的追逐往

往占据上风,在发展阶段则变得相对平和。

第二,企业性格和经营层性格。从宏观层面考察,经营层的性格和企业性格既相互独立又相互影响。独立性表现在持续存续的企业,尤其是存续时间较长的企业,其性格的形成经历了长期沉淀而表现出独特的一面。经营层作为自然人,先天因素对其性格的形成有着至关重要的影响,但后天因素的影响不能忽略。自然人在成为企业的经营层后,企业的性格会对经营层的性格产生改变,同样,经营层的性格通过经营、管理行为渗透到企业的方方面面,从而影响着企业的性格。从微观层面考察,审查人员审查合同都是在特定的时间段发生,因此对经营层和企业的性格分析是基于特定的时间段的分析。在分析企业性格时可以参考企业文化,但不能局限于企业文化,同对于经营层性格的分析也不能限于外在因素。性格的分析虽然是审查人员的主观判断,但值得注意的是,经营层的性格会通过管理、经营而得以体现。因此,对经营层的性格分析本身也是对企业管理和经营的关注。呈现在审查人员面前的那些看似冰冷的、僵硬的合同其实是企业生命表达的一种方式,是被赋予了企业和经营层的性格而鲜活地存在。审查人员正是在不断地积累中,认识合同中的鲜活因素而逐步掌握经营层的性格,从而在合同审查中真正感悟到间接合同目的,只有这样,合同审查才能做到事半功倍。

(2)分析合同直接目的和合同间接目的的差异,有利于审查人员换位思考,在审查中做到"知彼"。"知彼"的过程是对相对方客观存在的"软肋"予以分析并寻找机会合理打击的过程,同时也是对"知己"的补充,以抵消相对方打击委托方软肋的风险。相对方的软肋包括事实上的软肋和认识上的软肋。事实上的软肋包含合同对于相对方的重要性、急迫性;认识上的软肋包括相对方对委托方的认识程度、对交易结果的期待程度和除经济利益外的经营层所关注的其他重要因素,如安全、质量、期限、稳定、廉政等可对相对方经营层的社会评价产生影响的因素。同理,相对方也会对委托方的软肋进行分析,审查人员在分析相对方的软肋时,应换位思考,站在相对方的立场分析委托方的软肋,并制定相应的策略予以应对或补强。因此,"知彼"的过程不仅限于对相对方客观情况的了解,还需站在相对方立场,分析其对委托方的判断。

对合同相对方的客观情况的掌握可通过尽职调查完成,对相对方间接目的的判断,只有通过商业背景、企业性质、交易性质、法律环境做出判断。

[**案例10-3**]甲公司系一家地方政府的平台公司,其将位于某市的政府重点项目发包给乙公司。从商业背景因素考量,建筑市场是一个典型的买方市场,但实务中,政府平台公司的项目并非都是在有充足的资金后才上马;从企业性质看,甲公司系一家具有政府背景的国有企业,在一定意义上讲,平台公司的信誉实质上是由政府担保的;从交易性质观察,甲公司发包给乙公司的工程属于政府重点项目,受到相关领导高度重视;就法制环境看,目前我国的法制相对健全,在建筑市场,对农民工的保护措施到位,存在拖欠民工工资的情况常会作为社会稳定事件而备受重视。综合上述因素,站在乙公司审查人员角度分析甲公司的软肋和经营层的间接目的,其软肋包括:工期、质量、施工安全、社会稳定。经营层的间接目的:政府重点工程在约定工期内保质保量地完成,未出现安全事故,虽然资金存在一定缺口但未引起其他社会稳定问题时,经营层就能获得肯定性评价,换言之,甲公司经营层获取肯定性评价是在同时满足上述条件下才会得到的,只要其中一项出现问题,哪怕不是甲公司经营层自身的能力问题(如因资金未及时到位而造成工期拖延或引起民工闹事),都会对经营层的评价造成负面影响。对乙公司而言,质量和安全不能成为打击甲公司软肋的手段,但若甲公司资金未按合同时间到位,可适当地利用工期和稳定问题对甲公司的经营层施加压力,这种压力看似针对甲公司,实质是为经营层实现间接目的设置障碍。经营层在间接目的受影响时,势必会千方百计地消除影响,这样就不难理解在实务中,某些施工企业在年底,利用民工回家过年为借口讨要工程款的现象。

事实上,利用经营层的间接目的,尤其是利用国有企业经营层的间接目的在实践中有被肆意扩大利用的倾向,如某些施工企业雇佣专业的讨债民工,在公司的暗中组织下到项目单位静坐、闹事,严重地扰乱了项目单位的办公秩序,这其中确实存在拖欠施工单位款项的情形,但也大量存在无理取闹的施工企业。

此时,假定甲公司系一家民营企业,同样是资金未及时到位,在面临民工闹事时,经营层的压力则相对较小。造成这种差异的原因在于:第一,压

力传导性的差异。同样是因资金缺口造成民工闹事,在国有企业场合,经营层不敢将压力向上传导,即使造成资金缺口的原因不在经营层而在于上级决策者,经营层也只能为领导的决策买单;对于民营企业,经营层可毫无忌惮地将压力向上传导至投资人,因筹措资金本身就是投资人的义务;第二,从评价的标准看,在国有企业,经营层将矛盾上交意味着工作能力和责任担当的缺乏,经营层能正视矛盾、解决矛盾被看作是理所当然应具备的能力,若经营层不能做到这一点,对其能力的评价将大打折扣;在民营企业场合,在因资金短缺造成被动局面时,经营层将矛盾上交不会被认为是缺乏担当,将矛盾上交也不会对己方能力的评价造成质的影响。基于此,国有企业经营层能有效控制事态的发展被看作是分内职责,哪怕引发事态的原因不在经营者本身,在决策者或上级领导看来,由经营层“背黑锅”也是分担上级压力的选择,也是经营者理所当然的职责。至于经营层如何控制事态发展非为决策者关心,因其“只看重结果”;而民营企业,除却投资人担任经营层而致使压力无法向上传导的情况除外,经营层面临资金短缺的责任本身在于投资人而非经营层,经营层将压力向上传导也是理所当然的。

(3)清晰经营层的合同间接目的有利于审查人员对合同条款进行合理安排。在合同领域,合同直接目的和间接目的具有一致性,但也具有独立性。审查人员在安排合同条款时,需对合同间接目的的独立性有清晰的认识,否则,难以做到合理,甚至会顾此失彼。

“合理的安排”是指在合同条款设置时应同时顾及合同直接目的和间接目的,摒弃在任何场合都仅顾及经济利益这种直接目的的做法。因为既然当事人的合同目的不仅是经济利益,片面强调经济利益最大化而忽略人格利益及合同间接目的的安排则会有失偏颇。审查人员在审查诸如被赋予了较强政治色彩的合同时,站在强势地位一方的审查人员不应被谈判时委托方具有的强势地位所迷惑,其应在条款安排上留有适度的弹性空间,甚至留出经济利益调整的通道,但弹性空间的设置和调整通道的预留,应严格设置启动条件、调整规则和调整程序。

(4)在合同履行阶段,明确经营层的合同间接目的,有利于主动地选择适当的方式调整合同中的地位,争取相对有利的条件。在合同签订阶段,合同地位的强弱态势是因市场因素天然形成。在合同履行阶段,经营层对

间接合同目的重视程度的强弱决定了合同地位强弱态势的变化。事实上，经营层越重视，越会容易被相对方制约，反之则相反。实质上，在签约之初，合同间接目的就客观存在，只是常常被经营层之外的人员忽视，或虽被重视，但在合同安排时却未体现出被重视。

例如，政治色彩较强的合同在进入履行阶段，随着时间的推移，项目业主的经营层感受到的压力越来越大，合同间接目的在经营层的心目中所占比重越来越大，如此时项目业主稍存违约事项，承建单位即可对其发难。实务中，常出现项目业主并未违反合同约定而承建单位无端发难的情形，单纯地从经济利益角度出发，如项目业主并未违反合同约定，承建单位发难会造成其违约，项目业主完全可利用合同约定索赔，但事实情况并非完全如此。

因此，在合同履行过程中，审查人员应对当事人各方间接目的的变化予以高度重视，并合理利用经济利益目的、相对方的人格利益目的和合同间接目的留下的空间，通过击打相对方软肋来对冲委托方的缺陷，对冲的范围包括委托方固有的经济利益、人格利益目的、间接目的缺陷。

(5)在争议发生后，清晰经营层的间接合同目的有利于审查人员选择适当的救济方式。合同既然是对未来交换关系的规划，未来不确定因素的出现无疑会对合同履行造成影响。因此，在履行阶段当事人之间发生争议无须惊慌。合同争议有假性争议和真正争议的区别，但无论争议属何种类别，其外在形式基本都表现为经济利益之争，而隐藏在经济利益纷争背后的，也有当事人或经营层的人格利益之争。表现出来的经济利益之争可用客观的经济标准衡量，但隐藏于背后的人格利益，尤其是经营层的人格利益却难以用客观的经济标准去衡量。体现在争议解决的方式和手段的选择上，若仅着眼于经济利益而忽视人格利益设计争议解决方案，难免有失偏颇而不利于争议的合理解决。

静态上看，当事人签订及履行合同的目标是“名利双收”，但在履行阶段，“未来总与过去不同”的客观规律使当事人在签约时“规划的事实”与逐步“展现出来的事实”存有一定的差异。合同利益的统一性促使当事人会主动地去校正差异，努力使合同的履行不偏离既定轨道。校正与纠偏时须平衡经济利益和人格利益之间的关系，而这种平衡包括自我的主动性平

衡和迫于压力的被动性平衡。主动性平衡是当事人根据客观态势的变化，主动调整期望值;被动性平衡是在相对方的行为或其他手段的影响下被迫调整期望值。平衡的范围既包括全面下调或上调经济利益和人格利益的期望值,也包括将经济利益和人格利益所占的比重进行调整,如降低经济利益的期望值,增加或维系人格利益,或相反。当事人一方调整经济利益和人格利益的比重无论是出于主动还是被动,相对方都应顺势做出相应的调整,在把握好度的前提下,做到“敌进我退”。审查人员在面对争议时,应从经济利益和人格利益入手全面分析争议发生的真正原因,判断在争议发生的特定阶段,委托方与相对方所关注点的实质性差异,以及双方可调整因素、可调整幅度,有的放矢地制定争议解决方案。

(四)推导出的合同目的和真实的合同目的

1.被推导出的合同目的和真实目的的内涵

根据合同目的的存在与表现形式,合同目的可分为被推导出的合同目的和真实的目的。被推导出的合同目的是指基于外在表现形式,如根据合同约定或形成的证据推导出的当事人的合同目的;真实的目的是指当事人在签订合同时存于内心的真正目的。合同目的属于主观范畴,因存于当事人的内心而不具备可识别性,但由于合同目的对合同签订、履行,尤其是合同纠纷的解决具有至关重要的作用,其关系到对当事人真实意思的探究和对机会主义者投机行为的抑制。因此,即使当事人的合同目的不具备可识别性,但在实务中也不得不察。

对当事人的合同目的的判断需依托当事人自身的表述和审查人员对现有证据的推导,当事人趋利避害的表述仅具有参考价值。审查人员在实务中应注意,当事人的自身描述虽然仅作为审查人员考察合同目的的参考因素,在诉讼中,有时却会被裁判者作为正向指标使用,有时也会被作为反向指标使用。正向指标是指当事人结合证据的描述以及得出的结论基本符合裁判者内心的认识,由此,裁判者判断当事人的描述是客观合理的,其在主观上倾向当事人的描述可信;反向指标是指当事人故意无视对其不利的证据的证明力,或脱离证据,或对证据基本能证明的事实予以否认或狡辩。由此,裁判者认为当事人的描述是主观的、不可信的,即使当事人描述的其他部分的事实符合客观事实,但因其表现出的“不可信”而在裁判者心

目中大打折扣。

2. 区分推导出的目的和真正的目的在实务中的重要性

(1)在纠纷解决场合,有利于正确理解当事人的真实合同目的和裁判者推导出的合同目的存在差异的原因,以及正确认识裁判者推导出的合同目的与当事人的真实合同目的在纠纷解决中各自具备的意义。事实上,在裁判场合,当事人的真实合同目的已无关紧要,作为裁判者裁判依据的是其根据合同约定及形成的证据推导出的合同目的。审查人员认识到此点利于其观念的转变,利于其在履约控制中收集整理证据,通过所收集的证据解释存有疑义的合同条款、推导合同目的。

(2)在解纷解决的场合,区分推导的合同目的和当事人的真实目的,有利于审查人员采用正确的诉讼策略。在裁判场合,审查人员的描述往往虚虚实实,然而,诉讼、仲裁正是说服裁判者接受自己主张的过程。因此,审查人员在描述当事人的合同目的时应紧密结合证据,忽略甚至忘却所谓的真实合同目的,因匹配的证据是否能真实地体现当事人的合同目的对作为事后参与者的裁判者来讲无关紧要。换言之,裁判者仅会将自己推导出的合同目的作为裁判依据,即使裁判者推导出的目的与当事人的真实目的不相符,但裁判者会将推导出的合同目的认定为“当事人的真实目的”,且裁判总会以“真实合同目的”的名义做出。审查人员在描述合同目的时,若不能认识到上述差异,而脱离或“曲解”证据的证明力执着地描述所谓的真实目的,即使裁判者心里知道被“歪曲”的事实就是客观事实,但囿于证据规则与对裁判者自由裁量空间的限制,其也无法在裁判文书中确认,通俗地讲,即使裁判者心里认定你说的事实是真实的,但如没有证据支撑,裁判者也只能支持“说谎者”。

第二节　合同目的审查在实务中的运用

一、导言

无论当事人是否在合同文本中具体描述合同目的,都无法否认当事人

签约时会期待实现一定的目的。合同目的贯穿合同的每个阶段，从相对方的选择、权利义务体系的安排、履约阶段权利义务体系的再调整、合同争议的解决方式，到诉至法院或提起仲裁时的合同解释都围绕合同目的展开。《合同法》中没有专门规定合同目的的条款，合同文本中也鲜有对合同目的的直接描述，合同目的基本都融入在具体的权利义务条款之中。合同目的属主观范畴，对其识别须基于对外在表现形式进行推导，但有时推导出的合同目的与当事人是真实目的存有差异。因此，在一定意义上讲，合同目的具有不可识别性，但这并不妨碍审查人员在实务中分析并适当利用合同目的。

二、合同目的与合同模式匹配的思维

（一）无意义的合同模式的摒弃

实务中，从合同目的是否违反法律规定看，可将当事人的合同目的分为两类：第一，合同模式是否恰当决定合同目的是否非法；第二，无论如何选择合同模式都无法改变合同目的的违法。例如，合同目的违反法律禁止性规定（并不限定于效力性规定），或有悖公序良俗，或侵害了社会公共利益等，审查人员无论如何变换合同模式都无法解决因目的违法而导致合同无效的现象发生，如当事人强行签订并履行合同，存有因合同无效而导致不利效果的可能。例如，当事人的目的是逃避国家税收，其无论采用何种合同模式、如何安排权利义务体系都无济于事。此时，合同模式的选择是无意义的选择。

（二）合同模式的选择与合同目的实现

1. 合同模式的选择决定合同目的是否违法

推导出的合同目的与当事人的真实目的之间的差异给予了审查人员操作的空间，审查人员可通过选择合同模式来改变当事人的行为性质，从而左右合同目的是否符合法律规定，也就是说，如合同模式选择失当，合法的、真实的合同目的会被推导为非法目的，同理，若合同模式选择得当，违法的、真实的合同目的会被推导为合法目的。

[案例10－4] 甲公司为电力设备制造厂家，具备诸如变压器的型式试验报告等生产许可的各种手续，但由于其经营管理不善，效益不佳。乙公

司具备较强生产管理能力和市场开拓能力,拟于甲公司合作。在合作谈判中,双方就合作目的及模式基本达成一致,即由乙公司全面接管甲公司,由乙公司负责经营管理和市场拓展,但前提是甲公司的资产不发生权属变更。由此看来,甲公司与乙公司拟达到的合同目的并不违反国家法律规定,但合同模式的选择恰当与否会影响到推导出的合同目的是否合法。围绕着合作的目的,合同模式有以下三种选择,其中依据两种模式推导出的合同目的符合法律规定,而其中一种合同模式的设计会导致推导出的合同目的违反法律规定。

第一种合同模式是在甲公司股东同意后,双方签订《租赁合同》,约定由乙公司租赁甲公司场地、设备。乙公司重新办理营业执照和产品生产许可手续。甲公司与其员工解除劳动合同,由乙公司新开办的公司重新聘任。对外开展业务以乙公司新办公司的名义进行。该合同模式的设计及由此推导出的合同目的符合法律规定。

第二种合同模式是在取得甲公司股东同意后将甲公司承包给乙公司经营,双方签订《承包合同》。承包经营属于内部管理关系变化,甲公司原有的生产许可证明等可以继续使用。甲公司与员工无须解除劳动合同关系,对外开展业务是以甲公司名义进行。此种合同模式的设计和推导出的目的符合法律规定。

第三种合同模式是在甲公司股东同意的前提下,甲公司整体租赁给乙公司或乙公司新设公司经营,双方签订《租赁经营合同》,合同约定乙公司整体租赁甲公司的场地、设备和生产许可。甲公司员工与甲公司解除劳动合同关系,由乙公司或乙公司新办公司重新聘任。对外经营以乙公司或其新开办的名义进行。在所谓整体租赁时,对外经营是乙公司的名义,但生产许可是甲公司所有,实质上造成乙公司或新办公司的生产是在未被许可的情形下进行。按法律规定,租赁生产许可资质违反了国家法律规定。此时,当事人的真实目的并不违反法律规定,但由于合同模式的设置偏差,使推导出的合同目的违反法律规定。

2. 确保合同目的合法前提下的最佳合同模式选择

审查人员在审查合同时,应紧扣当事人的合同目的,首先,审查工作的第一要务就是使推导出的合同目的符合法律规定;其次,在多种合同模式

都能实现合法合同目的时,审查人员应比较不同模式的优缺点,由当事人选择更加符合自己合同目的的方案。

第一种和第二种合同模式都能让推导出的合同目的符合法律规定,但不同的合同模式各有利弊。第一种方案的优势在于:乙公司新设公司与甲公司是相互独立的民事主体,因权属清晰,甲公司对外的负债或其或然负债不会影响到乙公司新设立的公司,且在经营中,乙公司的新设公司可形成自己的品牌;弊端在于该方案在手续办理上比较麻烦且办理周期较长,比如,需要重新办理生产许可、妥善安置员工等。

第二种方案从效率上优于第一种方案,不需要重新办理生产许可,不需要安置员工,但承包经营属于内部管理的调整,其性质决定了甲公司之前的对外负债及或然负债会使乙公司面临不确定的风险。审查人员根据合同目的结合双方的现状,在对合同模式的利弊进行分析后,为经营层的决策提供参考。唯有如此,双方签订的合同才能贴近当事人的合同目的,审查工作的意义才能体现。

三、合同目的与合同体系构建的思维

合同目的的差异决定了当事人关注的焦点不同,而关注焦点的不同决定了构建权利义务体系的侧重点不同。审查人员在审查合同时首先应明晰当事人的合同目的,然后根据合同目的确定权利体系,再围绕核心权利的实现构建保障体系和救济体系。

[**案例10-5**]甲公司系一家制造企业,具有生产资质和许可,在甲公司名下有一宗未开发的商业用地。甲公司因经营不善,其股东拟公开转让公司全部股权。在转让过程中,乙公司和丙公司都与甲公司接洽商谈。乙公司系一家专业房地产公司,丙公司系一家制造公司,其制造的产品与甲公司制造的产品在产业链上可形成配套。

从合同目的分析,甲公司的目的是转让公司全部股权,股权的作价依据是其名下的各种资产的评估值。乙公司准备受让甲公司的股权是拟通过股权受让取得甲公司名下的土地。丙公司受让股权是重点关注甲公司的生产能力及熟练工人,目的是完成产品的配套。显然,乙公司和丙公司受让股权的目的不同,导致其关注的重点有着巨大的差异。

对乙公司而言,其取得土地是为开发房地产,其关注的重点当然会集中到与土地开发相关的事宜,如城市规划、拆迁的难易程度,周边配套土地价格在甲公司整体股权作价所占比重等因素,因上述因素关系到乙公司受让甲公司股权的必要性、以后开发的成本及开发房屋的定价。这其中,土地价值在甲公司整体股权作价中所占比重又是重中之重,因为土地价值在甲公司整体股权转让价格中所占比重越高,土地价值的溢价比越低,反之则相反。因为,乙公司附带取得的甲公司的其他资产,如无形资产、机器设备、生产技术、生产许可并无实质意义。再者,由于乙公司开发商品房与甲公司之前从事的产品制造分属不同行业,甲公司积累的品牌效应、拥有的生产许可在房地产开发领域毫无裨益。基于上述因素,乙公司在考虑甲公司的股权作价上,势必重点关注土地价格的溢价比。换言之,站在乙公司的立场,其计算每亩土地价格的方式十分简单,即以甲公司的股权价值总值除以土地面积,就是乙公司取得土地的真实价格。

丙公司拟受让甲公司股权时,对土地价值也会比较关心,因其属于甲公司股权整体价值的构成部分,直接关系到交易价格。但丙公司对土地价值的关注角度与乙公司存有较大差异。乙公司关注的重要因素,是土地价格在甲公司总股权转让价格中的比重,其按自己的计算方式得出的土地价格涉及签约的必要性,在计算股权转让价格时,乙公司会忽略其他资产的价值。而丙公司仅会将土地看成是一个股权价格的构成因素,判断土地作价是否合理进而判断甲公司的股权总价是否合理,在计算股权转让价格时会适当考虑甲公司的生产线和无形资产。

丙公司除关注土地价格外,还重点关注的事项包括:甲公司在制造行业的品牌效应、产品生产的资质、生产许可、生产线的先进及新旧程度、受让后的技改投入;关注甲公司职工的知识结构、收入及技术的熟练程度;关注在受让后哪些人员能够留用、如留用工资待遇如何确定等。

站在甲公司股东的立场考虑,其无论是将股权转让给乙公司还是丙公司,判定后获取的转让价款在数量上不会有实质性的差异,唯一有所区别的是其转让前或转让后的善后工作内容,如职工安置工作。转让给乙公司,甲公司原来的技术工人对乙公司并无用处,员工们面临着劳动关系的解除及再就业问题,如在股权转让前乙公司要求甲公司完成安置职工,职

工因面临失业的现实在心理上会形成落差,因劳动关系解除的补偿问题引发矛盾的风险较大;如转让给丙公司,熟练技术工人可以继续留用,即使丙公司从技术策略考虑要求甲公司在变更工商登记前先行完成职工安置,然后在股东变更后再与职工重新签订劳动合同,对技术工人而言,其仅是换个老板而已,心理上不会形成太大的落差,安置过程中的矛盾势必会被有效缓解。

乙公司和丙公司关注的焦点不同,对权利义务体系的构建、保障体系和救济手段的着眼点自然不同。若转让给乙公司,按合同法学理论分析,《股权转让合同》中的股权交割是甲公司承担的主给付义务,实物的移交,包括土地及权属证书的交割为从给付义务,但对乙公司而言,甲公司负担的从给付义务中的土地交付才是乙公司的核心权利,如因甲公司原因出现土地价值减损或丧失的情形,乙公司购买甲公司股东股权的意义将大打折扣,甚至完全失去意义。因此,乙公司在合同体系构建上,肯定会重点围绕土地的交付开展。抗辩权、解除权、违约责任的设定会以土地的取得和价值维护为中心。若甲公司将股权转让给丙公司,《股权转让合同》中丙公司关注的权利义务体系则会与乙公司存在差异。还以土地因甲公司原因出现价值减损为例,对丙公司而言,土地价值的减损或丧失并未伤及丙公司的核心权利,其完全可以通过减少股权转让价款来对抗,但换成是乙公司,因合同目的落空,合同的履行失去意义,提前消灭合同抑或成为乙公司的不二选择。

从案例10-5中可以看出,即使属于同类型的法律行为,由于当事人的目的不同导致关注的焦点自然不同。在实务中,审查人员应关注、分析当事人的合同目的,并结合实际情况,围绕着合同目的确定核心权利构建权利义务体系。

四、合同目的与合同的可操作性思维

(一)法律规定视角下合同目的的操作性考量

1. 合同无效但不影响操作性的情形

法律规定视角下的可操作性主要是考量合同的可履行性,即考量合同

在签订后,法律的规定能否对合同的履行造成实质性障碍。[1] 考量合同在法律上是否具备操作性应注意其与合同效力的关联,即考量合同的操作性应顾及关于否定合同效力的法律规定,但又不完全拘泥于这些禁止性规定。一般意义上,效力存在瑕疵的合同,尤其是合同无效会对当事人实现合同目的具有一定的影响,但这种影响并非是完全、绝对的影响,也就是说,某些合同会因无效而不具备操作性,但某些合同虽无效,但并不影响合同目的的实现,因此不会在质上影响合同的操作性。例如,政府应招标而未招标的项目,因违反了关于招投标的法律规定,合同无效。但站在承建方的立场,其最终取得的效果和合同生效时差异不大,合同无效并未影响到合同的操作性和合同目的的实现。

2. 有效的却因操作性缺失而影响合同目的的实现的合同

合同有效并不必然意味着具有操作性。根据《合同法》第 52 条及《合同法司法解释(一)》第 4 条的规定,违反地方性法规的合同,其效力不会因此而被否定。但实务中,某些违反地方性法规的合同却因无法获得地方政府部门的批准,而致使合同无法履行。因此,审查人员在考量合同效力与操作性时,不应单纯拘泥于法律规定对合同效力的评价,同时应立足于操作层面。合同效力不违反法律、法规和地方性法规的规定,且合同具有操作性系最理想的选择,若两者必选其一时,不具备操作性的选项绝不应成为审查人员的首选。

(二)经济视角下合同目的的操作性考量

1. 经济视角的视野

利益的取得是合同签订的根本动因,合同行为首先是经济行为,目的是获取利益。因此,从经济层面考量合同是否具备操作性是考量合同在经济上的可履行性,即当事人是否能取得期待的经济利益。从经济层面考量合同目的的操作性应注意克服片面性,因为合同目的不仅包括经济利益目的,还包括人格利益目的。即使是单纯的经济利益,也分为长远利益和现实利益。既然合同是利益实现的手段,那无论是长远利益,还是现实利益,甚至是商业机会均应纳入当事人的视野。

---

[1] 张茜:《合同审查注意事项及风险防范》,载《中国安防》2011 年 9 月刊,第 109 页。

2. 合同的时段性与利益取得的时段跨越性

经济生活中,经济利益与人格利益、长远利益与现实利益交织在一起。而作为利益实现手段的合同,无论是即时性合同,还是连续性合同,其存续均有阶段性。换言之,合同的存续仅是在特定时间段的存续,依法成立的合同最终都会被消灭,不存在那些一经成立就不会被消灭的合同。也许,唯一不同的是其存续的阶段有长与短的区别。

长远利益和人格利益往往会跨越单个合同的存续时段。在实务中,存在大量的以牺牲现实利益而换取长远利益的实例,体现到合同领域,就单个合同看,存在某方当事人“赔本赚吆喝”的情形。因此,从经济层面考量合同目的是否具有操作性应综合考虑当事人的经济利益与人格利益、现实利益与长远利益。避免仅立足于单个合同且仅从经济利益出发判断合同目的的操作性。

3. 经济生活固有的规律与经济利益的考量

实务中,某些合同的目的在经济上具有操作性,但由于该操作性偏离了经济运行的固有规律,其往往伴随或隐藏着违法或欺诈的因素。如高息揽存,当事人针对人性固有的弱点,通过渲染或夸大合同前景的方式,给相对人以美好期待。此时,当事人忽略了经济发展的规律,忽略了行业盈利水平基本透明的现状,尤其是在信息如此通畅的社会,暴利行业随着信息的透明本是越来越少,天上掉馅饼的事情本就虚幻。因此,合同的操作性不能偏离固有经济规律。

五、当事人需求和痛点的分析与利用的思维与技术

(一)需求与痛点

1. 当事人的需求及转换

合同是当事人对未来交换关系的规划,规划交换关系是围绕着合同目的的实现做出。当事人签订的合同固化了其合同目的,使其对未来的利益实现充满期待。履行合同即是当事人实现期待利益的过程。在合同履行的不同阶段,当事人期待的利益多被分解为一个个互为条件的不同的需求,即当事人的期待利益是由若干需求构成,不同的合同阶段,当事人的需求不同,且有时又互为条件,此需求的满足可能是彼需求能得以满足的前

提。需求从当事人的期待利益分解而来,因此需求与合同目的及期待利益一样,包含了经济利益的需求和人格利益的需求。在合同履行的不同阶段,因主观意识和客观环境的变化,经济利益需求和人格利益需求在当事人心目中所占地位会随之变化,正是由于这种变化的存在,使当事人的需求及需求的类型在不同的合同阶段表现出的强烈程度不同。

2. 当事人的痛点

痛点是指特定场景下客户的强需求,在合同领域,痛点是当事人在合同的不同阶段,在相对特定的环境下,从当事人的合同目的中衍生的强需求或是合同目的在特定阶段的聚焦点。之于前者,强需求能否得到满足直接影响合同目的的实现;之于后者,痛点本身就是合同目的。在合同不同的阶段,当事人的痛点并非都与合同本身的主要目的相关,有些痛点关系到合同目的能否实现,有些痛点关系到经营层的人格利益。在"工具性"合同中,合同权利能否实现如直接关系到其他经济行为的目的能否实现的,或合同权利如不能实现,其负面影响可能会溢出到当事人整个经济链条时,这些往往是当事人的痛点。

痛点和需求既有联系也有区别,联系在于痛点也是一种需求,只是其属于强需求。区别在于需求贯穿了合同的整个过程,从合同谈判开始到合同消灭,甚至在合同消灭后,当事人的需求始终存在,而痛点是当事人在某一个时间点的强需求,需求始终含有经济利益和人格利益的需求,而痛点有时表现为经济利益的强需求,有时又表现为人格利益强需求。

(二)履约中对相对方痛点打击的思维与技术

1. 痛点打击的思维——非为打击而打击

在合同领域打击痛点的意义在于合理利用打击行为的威慑,但绝非单纯的为打击而打击。打击痛点的目的是利用相对人不能承受之痛促使其妥协,使自己相对合理的诉求得到满足,而并非真正地为遏制对方的强需求,或者说,打击相对方痛点的目的恰恰是为满足相对方的强需求,但在满足前,通过实施的打击行为,或通过明示或暗示准备打击痛点的威胁行为形成的威慑,让相对方先行自动妥协,以满足委托方的合理诉求。

2. 打击痛点的节奏与技术

选择打击相对方痛点的时间节点是以能准确判断相对方的痛点为前

提。把握相对方的痛点应从相对方的合同目的出发,从宏观层面判断其所签订的合同在整个经济链条中的地位,合同能否顺利履行是否会引发系统性风险,是否牵涉对经营层的评价等。在微观层面上,精准分析相对方真实的核心权利(非单纯从合同类型的对待给付推导出来的核心权利)与合同目的的关系,分析核心权利实现的制约及影响因素,分析委托方可利用的制约或影响手段。

打击痛点的方式有两种:第一,有效利用或放大利用相对方在履约中的失当或违约行为,借题发挥,将"杀敌三千自伤八百"的心态外化给相对方;第二,在合同履行环节,如相对方没有失当行为或违约行为,那委托方可实施适度的失当行为或轻微违约行为来打击相对方痛点。此时,委托方外露的是"杀敌八百自伤三千"的勇气。在一定意义上,由于打击相对方痛点的目的是"以战求和"或是"围魏救赵",而并非真正为扼杀其强需求,所以选用的打击方式并不一定局限于"有理、有据",但一定要"有节",即打击的行为或采取的手段可以有瑕疵,但对"度"的把握必须适当,以免"搬起石头砸自己的脚"。

3. 痛点打击的技术分析与使用

(1)"杀敌八百自伤三千"的打击模式。判断相对人能否实现本合同的合同目的与其他事项的关联,即判断合同在相对方整体经济链条中的地位和本合同的目的一旦落空引起的严重的连锁反应,准确拿捏痛点,然后通过打击痛点迫使相对方妥协,以满足委托方的合理诉求。单纯从损失数量上看,"杀敌八百"自己却要"自伤三千"显得极不划算,但实质上,"杀敌八百自伤三千"仅是"势"的展示,是讨价还价策略的具体运用,让相对方意识到其虽可以在本合同争议中获取一定的利益,但该利益不足以弥补其在其他合同或经济活动中可能遭受的损失,或该利益不足以弥补经营层可能面临的负面评价,致使相对方不愿意或不敢承担这样的结果而做出妥协。

[案例10-6]甲公司系一家电力施工企业,乙公司为房地产开发企业。乙公司在某市开发一个大型房地产项目,通过招标确定了电力工程的施工方为甲公司,并签订《电力工程施工合同》。施工合同约定的计价方式为包干价,对可调整合同价款的范围进行了严格的列举式约定,约定开工日期以乙公司书面通知为准。施工合同签订后,甲公司开始为履行合同做了必

要的准备工作,办理了用电手续。在此期间,电力设备的价格一直上涨,甲公司多次书面催促乙公司开工,但乙公司均要求甲公司等待开工通知。施工合同签订三个月后,乙公司书面通知甲公司开工。此时,电缆及高低压开关柜的价格比合同签订时的价格有了大幅度上涨。经甲公司预算部门测算,如电缆和高低压开关柜的价格不作调整,合同履行完毕,项目将会亏损。于是,甲公司提出要求上调电缆和高低压开关柜的结算价格。乙公司以合同中约定了价格调整范围,而电缆和高低压开关柜的价格发生变化并不在价格可以调整的范围之内为由拒绝了甲公司的请求,并声称如甲公司不按期开工,乙公司可解除合同,追究甲公司违约责任。

甲公司召集相关部门开会,研究应对策略,评估合同解除后的经济损失。在研讨中,审查人员判断乙公司不会解除合同,更谈不上追究甲公司的违约责任,原因如下:第一,甲公司与乙公司签订的施工合同中只约定了具有不确定性的开工标志,而未约定具体开工日期,虽然乙公司在三个月后通知甲公司开工不违反合同约定,但乙公司应知悉在这三个月中电缆和高低压开关柜的价格大幅上涨,甲公司也将该情况书面通报了乙公司。第二,乙公司如果与甲公司解除合同,再通过招投标的方式确定施工单位需要一定的时间,重新办理用电手续所需时间较长,且存在较大的不确定性。因此,即使其可以重新确定施工单位,但新的施工单位肯定不能在乙公司期待的时间内竣工。如乙公司项目的通电时间延后,势必会造成交房日期推迟,而交房日期的推迟会造成其对购房者违约。第三,乙公司如解除与甲公司的合同而重新确定施工单位,新施工单位的工程价款报价肯定不会低于甲公司涨价后的价款。经济行为讲究效率和效益,乙公司如解除和甲公司的施工合同,不但会对整体项目的进展产生影响,从效益上讲也不划算。因此,审查人员建议甲公司继续与乙公司协商,承诺让其参与设备厂商报价的全过程,使其明确甲公司的诉求并非无理取闹,而是争取实事求是的调整工程价款。另外,在协商过程中,甲公司应果断地表明立场,如乙公司不同意调整合同价款,公司将以情势发生变更为由请求法院变更合同。当然,请求法院变更合同仅是借口,案件的输赢并不重要,重要的是一旦涉诉,纠纷的解决将遥遥无期。甲公司在审查人员的建议下与乙公司经协商签订补充协议,支持了甲公司的价款调整的大部分要求。

在案例10-6中,甲公司审查人员通过对乙公司合同目的的分析,判

断出乙公司的痛点,即项目能否按时通电对乙公司具有重大影响。从“合同严守”规则上看,甲公司打击乙公司的痛点并不符合“有理有据”的原则,甚至可以说是失当的“耍赖”行为,只因在施工合同中约定了价格调整范围,而判断电缆和高低压开关柜涨价并不在可调整的范围之内是不合理的。况且,合同签订后乙公司也没有实施违反合同约定的行为。

单纯从合同约定的条款观察,甲公司处于两难局面,如不按合同约定履行义务则构成违约,不但面临着赔偿乙公司损失的风险,对商誉及经营层的人格利益也有一定影响。如完全按合同约定履行将会导致亏损发生,不仅伤害了公司的经济利益,经营层也会面临负面评价。在法律规定和合同约定本身未给甲公司留有足够空间的情形下,对乙公司痛点的准确判断和打击成了打破僵局的有效举措,即在公司经济利益和人格利益难以两全的情形下,表现出哪怕“自伤三千”也要“杀敌八百”的魄力,最终迫使乙公司做出了让步。虽然甲公司的行为并非“有理有据”,但甲公司接受了乙公司部分满足其价款调整的要求,通过让渡部分利润,以保全公司商誉及经营层人格利益的做法显然是做到了“有节”。

站在乙公司的角度观察,其之所以能部分满足甲公司的诉求也是经过认真评估后作出的决定。如甲公司不履约可以确定的结果有三个,不确定结果有两个。可以确定的结果是:第一,甲公司的不履约行为构成违约,乙公司可追究甲公司的违约责任;第二,项目通电时间将被推迟,交房的时间会因此而推迟,公司应对购房者承担赔偿责任;第三,如重新确定施工单位,新施工单位肯定会按现在的价格报价。不能确定的结果是:首先,法院判决甲公司承担的赔偿责任的金额不确定,该金额是否能弥补自己对购房者承担的逾期交房的违约赔偿不确定;其次,重新确定施工单位的合同价款不确定,新施工单位的竣工时间不能确定。乙公司在考量可确定结果与不能确定结果后面临着两种选择,而不同的选择带来的结果不同:第一,如甲公司拒不履行合同义务,可与之解除施工合同。甲公司的经济利益和人格利益都会因此受到伤害,同时己方也面临着经济利益和人格利益同时受到损害的可能;第二,与甲公司协商,适当满足甲公司的价格调整请求。看起来的结果是甲公司的经济利益得以提升,而自己的经济利益受损,但实质上并非如此。因乙公司同意部分调整是以合同约定的价款作为基准调

整价款,而调整后的价款依然低于市场价。从实际效果看,甲公司的经济利益并未得以提升,其与签约时相比反而降低了施工利润。这样一来,双方都从各自的角度理解放弃了部分经济利益,而换取了合同的顺利履行,做到了双赢。乙公司在自己痛点被甲公司打击时,并未拘泥于合同严守原则做出适当妥协,看起来是让渡了部分经济利益,但实质上是保全了自己的经济利益和人格利益。

由此看来,在合同履行阶段,尤其在当事人之间产生争议后,审查人员分析、解决争议时应以法律规定及合同约定为标准,但却又不能完全局限于法律规定和合同约定。在特定的情形,案件的输赢仅对审查人员有意义,而于当事人,即使赢得诉讼或仲裁也无实质意义,甚至其耗费的时间成本及由此造成的其他利益损失会让当事人得不偿失。另外,值得注意的是,审查人员在对相对方的痛点进行打击时,应注意“有理、有据、有节”,即使不能完全做到“有理、有据”,但必须要做到“有节”。否则,痛点的打击将变成变相的胁迫或敲诈,即使会暂时性地满足了当下的经济利益,但却会因此丧失人格利益。同时,凡事“过度”则有悖于诚实信用原则的价值判断,有悖于对合同正义的追求。

(2)曲线救国,准确判断痛点并适当打击以取得事半功倍的效果。“曲线救国”是指合理利用合同外的,但对合同履行有着决定性影响的因素,来达到满足自己利益诉求的行为方式。当事人的合同目的包括经营层的附加合同目的。经营层的痛点是社会评价,尤其是上级机构的评价,在经营层面临职务升迁或调动的关键时间,触碰该痛点的效果更加显著。

[**案例 10-7**]甲公司系一家国有大型企业,乙公司是一家民营企业。甲公司与乙公司签订了一份《委托拆迁合同》,合同约定乙公司受甲公司委托拆迁甲公司的一座危房。乙公司的工作内容包括:与居住在危房中的住户协商签订《搬迁协议》,在居住的住户全部搬迁完毕后,将危房拆除,乙公司在拆迁中应确保不发生人身伤害事件;甲公司根据中介机构的评估结果,结合居住人员的具体情况,确定了赔偿给搬迁住户的上限;乙公司在完成受托行为后,甲公司按照一定比例向其支付劳务报酬。《委托拆迁合同》签订后,甲公司将搬迁资金划至乙公司账户,乙公司按照甲公司的要求将资金一分为二,一部分购买了房源用于安置搬迁户,留存了一部分现金用

于满足要求货币补偿的住户。众所周知,搬迁补偿涉及住户众多,而被搬迁户每家有每家的不同情况,且被搬迁户对搬迁的认识不同,提出的要求也千奇百怪,但最终都归于经济利益,因此,搬迁周期较长。在合同履行期间,房价大幅上涨。乙公司将客观情况进行了描述,指出原来核定的补偿金额已经无法按原计划购买足够的房屋用于安置,因此请求甲公司适当调整赔偿上限并将现金全部购置房源,不再进行现金赔偿,以防止出现因现金赔偿标准出现差异,导致之前接受现金补偿已搬迁的住户不满意,提出提高搬迁赔偿标准。

甲公司收到报告后,以国有企业决策流程复杂,赔偿标准确定须以评估依据为由,拒绝了乙公司的提议。对于甲公司的拒绝理由,乙公司表示理解,但搬迁工作陷于停滞。由于需搬迁的住房属于危房,每到雨季,乙公司只有加派人手,采取必要的措施,防止房屋倒塌出现人身伤亡事件。同时,剩余未搬住户的思想动态活跃,经常聚集商讨对策,乙公司为避免出现群体上访事件承担了较大代价。在这期间,乙公司得知了甲公司的总经理将被提拔。于是,审查人员建议再次给甲公司打书面报告,在报告中,适当夸大描述该搬迁房屋现存的安全风险和群体上访风险,并附带提出解决的建议方案。甲公司收到乙公司书面报告后,引起了高度重视,特事特办,不但提高了补偿上限,还成立了由相关部门组成的联合工作小组,协助乙公司开展工作。拖了近两年的《委托拆迁合同》在很短的时间内顺利完成。

在案例 10 - 7 中,甲公司的痛点是对总经理的社会评价,在其职务升迁的关键时刻,触碰该痛点的效果更加明显。毕竟在考察阶段,安全及稳定的风险与甲公司总经理的晋升息息相关,在此关键时刻,如不能有效控制风险,不但晋升无望,甚至会影响到现有职务。乙公司的审查人员适时分析了甲公司总经理的痛点,并将该痛点与合同的履行进行了巧妙的结合,最终使合同得以顺利履行。

六、合同目的和当事人的可替代性思维与实务运用

(一)可替代性的概念及分类

1. 可替代性概念的内涵

在合同领域的可替代性是指作为合同一方当事人,因其所提供的产

品、服务同质化程度高而能被其他潜在主体所替代。合同地位强弱态势的形成源于当事人是否具有选择权,如一方当事人不能被其他潜在主体所替代,相对方则因没有选择权而处于被动地位,反之则相反。选择是一种权利的同时也意味着放弃,所谓选择就是不可以两者得兼,必须放弃某一个。[1] 在合同领域研究当事人的可替代性主要着眼点在于履约阶段当事人的可替代性的动态变化,即具有选择权的一方在行使选择权确定合作主体后,在履约阶段,被选定的当事人能否被替代,具有选择权的一方能否再次行使选择权。

2. 可替代性的类别及合同地位分析

对替代性可分四类考量,即当事人的绝对不可替代性、相对不可替代性、相对可替代性和绝对可替代性。

绝对不可替代是指只有特定的当事人才能满足相对人的需求,相对人别无选择。绝对不可替代意味着不可替代的当事人处于相对强势的合同地位,其利益诉求容易被相对方满足。例如,甲公司急需购买的产品只有乙公司能提供。此时,甲公司只有买或不买的选择,而没有在哪里买的选择。如其必须购买,由于没有参照标准,定价权在乙公司,对于合同的其他条款的制定,包括支付方式、交货条件、地点、违约责任、争议管辖等,乙公司有着绝对的优势。

绝对可替代是指合同一方主体提供的产品或服务与其他市场主体有着高度同质化,随时能被其他主体所替代,且相对方在更换当事人时无须付出多余的时间和金钱,不会增加交易费用。绝对可替代一方往往处于合同弱势地位,该类型的合同多发生在进入门槛和技术含量低的充分竞争领域。

相对不可替代是指合同一方主体提供的产品或劳务是可替代的,但在特定的时间段,或在特定的环境下变得不可替代,或相对方虽可以寻找其他合作伙伴替代,但需付出高昂的代价,其出于成本(金钱或时间成本)考虑而使当事人处于由可以替代变为不可替代的境地。

相对可替代是指在合同签订之初,一方当事人具有不可替代性,但在

---

[1] 茅于轼:《生活中的经济学》,暨南大学出版社 2007 年版,第 109 - 110 页。

履约阶段,其他市场主体提供的产品或劳务能够满足相对人的需求。由于相对人在履约过程中具有了可选择合作伙伴的余地,使原来不可替代的当事人变得可由其他主体替代。

(二)当事人相对不可替代性分析及实务应用

1. 相对不可替代性的合理利用

实务中,审查人员在做可替代性分析时应重点关注相对不可替代性和相对可替代性合同类型。分析当事人是否具有相对不可替代性重点应考量当事人的合同目的及在特定时间段,或特定环境下,可被替代的可行性,或相对方更换合作伙伴时可能支出的成本。随着当事人从可替代到相对不可替代的转变,其合同地位也会发生转变,即从弱势逐步变强。站在弱势一方,审查人员应合理利用这种变化,在履约阶段中扭转委托方的被动地位,或尽量使当事人的地位变得相对平等。站在强势一方,审查人员应事先预判从可替代到相对不可替代的转变,通过合理的安排,诸如加重违约责任等条款来预防弱势方利用合同地位的变化扭转主被动关系。但应引起注意的是,相对不可替代性的分析与利用是把“双刃剑”,尤其对弱势方,如其处理得当,可转换之前形成的主被动关系;如处理不当反而会弄巧成拙。

2. 判断相对不可替代性的要素

(1)急迫程度。当事人之所以签订并履行合同是为满足现实或未来的需求。以合同签订的时间为基准,在合同进入履行阶段,当事人需求的紧迫度会发生变换,对于这种变化,有以下至关重要的决定因素。

第一,随着时间的推移,当事人需求的紧迫度越来越强烈。

[案例10-8]甲公司系一家政府平台公司,其作为项目业主将政府的一项重要工程发包给乙公司。随时间的推移和约定竣工日期的临近,甲公司及公司经营层期盼“按时”、“保质”完工的需求会变得越来越紧迫。

第二,因主客观条件的变化,当事人需求的紧迫度缓解,时间变得更加充裕。

[案例10-9]甲公司作为一家施工单位承建了某房地产公司的楼盘。甲公司与乙公司签订了《买卖合同》,约定甲公司在乙公司购买若干瓷砖,

并约定了交货日期和迟延交货的违约责任。《买卖合同》签订之初,对甲公司而言,如乙公司不能按照约定日期交货,很可能会影响甲公司的整体工期,而甲公司如果出现工期迟延,面临着被项目业主追究违约责任的风险。在履约阶段,项目业主因开发手续存在瑕疵而使项目陷于暂时性的停滞。此时,甲公司的对瓷砖的需求并未下降,但紧迫度却因时间的充裕而缓解。

第三,随主客观条件的变化,当事人的需求下降或消失,依据合同取得的成果变得不再重要或可有可无。

[**案例10-10**]甲公司系一家大型国有企业,其为了迎接上级领导对某改造系统的验收,充分展示企业文化,与乙公司签订了标示标牌的《定制合同》。在合同履行期间,客观情况发生了变化,国家明令禁止企业实施各种形式主义色彩浓厚的行为。此时,甲公司的需求因政策的变化而消失,《定制合同》履行的成果对甲公司反而成为负担。

合同一方主体需求的紧迫度与另外一方当事人的可替代性息息相关。在案例10-8中,在合同签订阶段,因甲公司可选择乙公司,也可以选择其他公司作为承建商,乙公司是随时可以被替代的。合同进入履行阶段,尤其在这种政治色彩较为浓厚的工程中,甲公司需求的紧迫度随时间的推移越来越强烈,至此,如乙公司不存在原则性问题,甲公司为保障按时竣工,则不可能更换施工单位,乙公司因此由可替代变为不可替代。在案例10-9中,甲公司在与乙公司签订购买瓷砖合同时,由于瓷砖的生产和供应属于完全竞争领域,乙公司的合同地位是可被替代的。随着时间的推移,乙公司履行合同的效果直接关系到甲公司的切身利益,甲公司的需求应愈发急迫。因乙公司履行合同的效果直接关系到甲公司的切身利益。但由于项目停滞,甲公司的时间因此变得充裕。此时,乙公司依然处于可替代地位;在案例10-10中,甲公司在签订合同之初因《定制合同》的工作成果是面子工程的重要组成部分,因此,甲公司的需求较为强烈。常态下,乙公司的合同地位可随时间推移从可替代而变得不可替代,但由于国家政策的调整,乙公司工作的成果对甲公司失去了价值,乙公司也因此失去价值。

(2)再次选择所支付的成本。成本是商品经济的一个重要概念,在合同领域,选择与放弃都直接关乎交易费用的多少、关乎合同目的实现成本

的大小，而成本并非仅限于经济成本、机会成本，还包括当事人及经营层的人格利益成本。合同行为是一种经济行为，既然是经济行为就必须对成本及收益进行核算。天然存在的等级秩序，使弱势方的利益在合同签订之初就被挤压，甚至被忽略。从合同正义和合同自由的理念考量，利益受到严重挤压或被忽略的一方完全可以拒绝签署该不平等合同，但在实际经济活动中，大量存在不公平的合同、利益受到严重挤压，甚至没有利益可言的合同。

从一定意义上讲，获取经济利益仅是当事人存续的意义之一而非全部，但当事人只有靠获取经济利益才能长久存续，否则将朝不保夕。但在特定时段，当事人为维系管理团队、技术团队、刷市场存在感，或因满足资质维护的业绩要求而不得不接受不平等的合同。看起来，当事人接受不平等的合同可能是饮鸩止渴，但其目的是“活着”。如前文所述，造成这种不平等的局面是因为当事人的可替代性给予了相对方以选择权，既然相对方有着选择权，在支付的成本越低则收益越高的利益驱动下，选择低交易费用的对手作为交易对象有着必然性。合同一旦签订则意味着选择权已被行使，但这并不当然地意味着选择权的丧失，在履约阶段，拥有选择权的一方当事人可能会再次行使选择权。例如，因当事人违约，相对方行使解除权消灭合同，此后，其可再次行使选择权重新确定合作方。但不可忽视的是，在履约阶段拥有选择权的一方在考虑更换合作方时必须关注再次选择的代价，如更换合作方的代价过分大于满足合作方适当的利益诉求时，哪怕合作方提出的利益诉求是超越合同之外的“额外利益诉求”，拥有选择权的一方会适当做出妥协，即适当满足合作方的额外利益诉求所支付的成本还相对较小时，当事人有着妥协的利益驱动。至此，当事人则因相对方的再次选择代价高昂而变得具有相对不可替代性。

(3)依赖度。依赖度是指当事人的产品或服务对相对方的依赖程度。依赖度的强弱决定了当事人地位的强弱，依赖度越高的一方的合同地位越呈弱势，反之则相反。

(三)相对不可替代方提出额外利益诉求的原则

1. 斗而不破的原则——斗争以不能影响合同存续为前提

(1)平衡的打破与斗争。合同文本是合同各方当事人对规划的权利义

务的固化,虽然被固化的权利义务在履行中充满变数,但其会维持一种基本平衡。在履约阶段,合同一方当事人如超越合同约定提起额外的利益诉求,或试图改变合同约定的规则,其行为本身就是对原有平衡的破坏。当事人打破平衡的目的无论是为矫正签约时就已失衡的利益格局,还是为抑制机会主义者,其目的都是为获取约定之外的"额外"利益。既然合同利益总是处于此消彼长的状态,那原有的平衡就不会被悄无声息地打破,"既得利益者"(多为期待利益)也不会束手就擒,在一方当事人试图维护既定规则,而另外一方试图改变既定规则时,争议的发生就不可避免。

(2)获取"额外"利益的本质与策略。具有相对不可替代性的当事人试图打破原有平衡的底气来源于动态合同地位的变化,其通过斗争获取的"额外"利益并非是因相对人实施了不当行为而应受到的经济利益的惩罚;当事人为获取"额外"利益所实施的行为也并非完全是符合合同约定的行为,甚至不排除是违约行为。同时,试图打破平衡的一方拟获取"额外"利益的前提是合同必须持续存在,换言之,如斗争致使合作破裂,合同一旦被消灭就无从谈起"额外"的利益。当事人如不讲策略,或贪得无度致使对方当事人解除合同,就连基本的履约利益都会丧失,更无从谈起获得"额外"利益,若当事人为获取"额外"利益而采取了不当行为,一旦相对方解除合同,其将会为自己的违约行为付出更大的代价。

(3)满足合作方"额外"利益诉求的本质。当事人由可替代到不可替代而提出"额外"的利益诉求时,相对人满足其诉求是基于更换成本太高或其他利益考虑,在一定程度上可以说是相对人因受到当事人的"胁迫"不得已而为之。值得注意的是,财产权是人格权的延伸,如当事人不适当控制诉求的度和方式,而使相对人认为自己的人格尊严受到践踏,其一旦形成"宁为玉碎不为瓦全"的观念时,当事人的行为与"搬起石头砸自己的脚"无异。

(4)斗而不破与合同严守。"额外"利益的获取源于当事人实施的"失当"行为给相对人造成的胁迫而使其屈服。因此,当事人在试图获取"额外"利益时应坚持"斗而不破"的原则。"斗"是为了矫正失衡的利益格局,而矫正行为只有在"不破"时才有意义,否则,不但斗争失去意义,当事人也将因此遭受更大损失。作为审查人员,在实务中应意识到:合同签订意味着对利益格局的认同,即使在合同签订时因合同地位的不平等,当事人的

利益没有得到充分尊重,或者在当事人看来其利益受到损害,这些都不应成为破坏"合同严守"原则和"诚实信用"价值体系的借口。因此,在合同文本固化的利益相对均衡的前提下,也就是说,在相对方没有利用合同优势地位过分挤压当事人利益的情形下,利用自己不可替代的合同地位获取"额外"利益的行为并不可取,否则,交易的秩序和安全将无法保障。当然,若在合同签订之初,相对方利用优势地位过分挤压当事人的利益,其行为本身就践踏了公平正义原则,即使是这样,当事人在试图获取"额外"利益时,其诉求的范围也应控制在矫正失衡利益的范围之内。

2. 诚信原则——恪守价值体系的斗争底线

严格地讲,当事人利用失当甚至违约行为获取"额外"利益的行为本身就是对诚信价值体系的破坏,但如果其是以非正义的手段对抗非正义,是为矫正失衡的利益格局而不得已为之也情有可原。但实务中一些当事人的行为已超出了矫正失衡利益的范畴,利用己方相对不可替代的合同地位胁迫相对方,试图打破原有的、相对均衡的利益格局,获取超额经济利益。

[案例10-11] 某国有大型信息公司通过招投标选定了某律师事务所作为常年法律顾问,签署了《常年法律顾问合同》。合同履行期间,律师事务所指派的律师以工作量大为由提出增加服务费,信息公司认为双方已经签订了顾问合同,且招投标文件中已经明确了工作内容和工作方式,事务所在投标文件中已完全响应。因此,事务所要求涨价的请求没有任何依据,基于此,信息公司拒绝了事务所的诉求。信息公司明确表示拒绝后,事务所指派的律师提出如果信息公司不涨价,其将解除合同,并威胁将信息公司侵权的证据向相关权利人公开。信息公司在确认指派律师确实掌握了部分侵权证据的前提下妥协,增加律师事务所的顾问费。

在案例10-11中,律师的行为有悖于诚信原则。根据《律师法》及《顾问合同》的规定,律师对其在工作中获取的当事人的信息负有保密的义务,该律师虽未对外泄露其在工作中掌握的信息,但其以泄密相威胁达到涨价的目的本身是对诚实信用价值体系的严重践踏。对信息公司而言,该律师的不可以替代性来源于其掌握的对公司不利的信息,支付给律师的报酬与其说是律师费,不如说是封口费。该律师为了满足一己之私,不但践踏合同法的基本原则,对律师行业的整体形象也造成了严重损害。

七、合同目的和争议解决方式选择的思维

合同既然是对未来交换关系的规划,那么在履约阶段出现变化导致争议的发生在所难免。发生争议时,精准分析当事人的目的,尤其对经济利益目的和人格利益目的的分析,利于当事人正确选择解决争议的方式。

[**案例10-12**]甲公司与地铁公司签订了一份《电力工程施工合同》,合同约定,甲公司为地铁公司修建变电站并铺设线缆。合同计价方式为总价包干,合同暂定价为3亿元。在施工合同中,以列举的方式约定价格调整范围。施工合同签订时,由于政府对地铁施工工期要求的时间非常紧迫,地铁公司招标时,施工图纸并不完整,因此,甲公司报价时所依据的图纸并不完整,其中,变电站的外围工程,地铁公司仅提交了设计图纸。甲公司根据以往的施工经验,通过对工程总体进行评估,做出了总体报价。《电力工程施工合同》签订后,甲公司将变电站部分土建工程和外围工程分包给具有长期合作关系的乙公司并签订了《分包合同》。甲公司为降低风险,在与乙公司签订分包合同时,采取了包干价并约定了价格调整范围,包干总价为1200万元。分包合同签订时,乙公司报价所依据的图纸也不完整,部分工程只有设计图纸。乙公司在履行分包合同时,甲公司将业主提供的施工图纸中涉及分包合同的部分转交给乙公司。乙公司收到图纸后发现,施工图纸比设计图纸上多了一道防风墙。防风墙对变电站至关重要,如果不修建,变电站的基础会被水的冲击力掏空,若变电站因此倒塌,将对地铁运行产生灾难性影响。乙公司考虑到和甲公司系长期合作单位,因此,在没有办理任何签证手续的前提下,按照图纸完成了施工。

工程竣工结算时,乙公司最终结算的报价比合同约定包干价高出近300多万元。甲公司的结算部门对照合同约定出具了意见,认为己方与乙公司签订的合同是包干价合同,合同中列举了价格调整的因素,防风墙的修建并未包含在价款调整范围之内,且地铁公司对该部分价格也没有进行调整,即甲公司事实上没有收到该漏项工程的工程款。因此,对乙公司的要求不能满足。站在乙公司的角度看,若不能取得这300万元的工程款,整体项目将会严重亏损。在协商过程中,乙公司情绪比较激动,并威胁通过诉讼解决。

甲公司委托合同审查人员进行论证,审查人员提出了几点意见:第一,

甲公司与地铁公司签订的合同为3亿元,防风墙工程在整体合同中的占比非常小,乙公司和甲公司签订的分包合同总价1200万元,300万元在乙公司的整体工程中占比非常大。甲公司即使没有从地铁公司取得防风墙的工程价款,但其通过整体工程的实施取得了相应的经济效益和良好的社会效益,实现了合同目的。但乙公司如不能取得防风墙的工程价款,会造成项目严重亏损,有悖其签订分包合同的目的。即使乙公司为甲公司的长期合作单位,在其选择以诉讼方式解决争议时应考虑面临出局的后果,但实现利益的巨大损害会促使其放弃对长远利益的考虑。第二,甲公司和乙公司签订的分包合同虽然是包干价合同,列举了价格调整的范围,但毕竟乙公司报价时依据的图纸不完整,报价中未包含防风墙工程,固定价只是相对固定,涉及工程量增加的情形,应对增加部分予以结算。之所以造成这种局面的原因主要是乙公司缺乏经验,在工程量增加时没有办理签证或要求变更合同价款。如甲公司不支付该部分价款,民工不能及时获取劳务报酬会造成稳定问题,在极端情况下,如乙公司将防风墙拆除,对会给甲公司造成十分恶劣的影响。第三,合同争议的解决固然要依据合同约定的条款,但也要考虑合同目的,采取实事求是的态度。甲公司与地铁公司签订合同是为了赚取施工利润并获取良好的社会效益,无论经济利益目的和人格利益目的都已经实现,乙公司分包工程按期完成,其目的是赚取施工利润和获取甲公司的好评,有利于以后合作。

因此,审查人员认为,甲公司应该与乙公司协商,在审慎审计的前提下,支持乙公司的要求。最后,甲公司经营层经过讨论,采纳了合同审查人员的意见,与乙公司按时办理了结算。

第三节　判断真实合同目的需考量的要素
——以劳务分包为例

一、真实的合同目的——应是什么与是什么

合同目的是指当事人基于自己的需求,依据自身主观意识和观念的中

介作用形成的,是当事人预先设定的行为、状态或结果。合同目的是当事人自我的主观设定,在一定意义上,除当事者外,目的具有不可知性。推导合同目的可从事前沟通、分析合同条款设置或事后证据收集、解释等完成,但推导出来的合同目的,因掺杂了第三方的主观分析与判断,严格来讲与当事人的真实目的毫无关联。因此,所谓真实的合同目的是当事人"应有的真实目的",而非指当事人的"真实目的",即推导出的合同目的为"应是什么",而非"是什么"。

[**案例 10-13**]甲是某国有公司高管,掌握合同签订及款项支付等大权。乙与甲所在公司具有业务往来,在合作交往中,二者建立了良好的个人友谊。由于公司限制,甲配属的公车不能用于私人用途,于是,乙借给甲一辆越野车,并签订了《车辆借款合同》。之后,甲被举报免职,乙借车辆给甲使用成为罪状之一。当时乙借车给甲使用时,其真实目的除乙之外无人知晓。从签订的合同及之前形成相互的关系看:一种情形是,乙纯粹基于友情借车辆给甲使用而别无他求;另一种情形是,借车给甲是为讨好甲,真实目的是借助甲的力量,使自己的业务发展更顺利,获取额外收益。纪委调查中推断甲、乙的目的为第二种情形,故认定甲涉嫌腐败。本案中,乙的真实目的是什么已不重要,也不在纪委的考虑范围之内。

因此,审查人员在选择合同模式、安排合同条款、收集履约证据时应同时考虑当事人的真实目的和自己及第三方能推导出的目的,且重点应考虑被推导出的目的,而非当事人所谓的真实目的。被推导出来的合同目的包括两类:首先,直接从合同条款及履约证据反映出来的目的。其次,目的之外的目的,即那些在合同约定之外当事人要达到的目的,为了表述方便称之为附加目的。在案例 10-13 中,乙借车给甲使用,从《车辆借用合同》及履行的情况看,甲是为出行方便而借用车辆,乙的目的是出借车辆,给甲提供方便。从合同约定之外,能推导出合同的附加目的为,甲能制约乙,借用车辆,可不用支付任何对价,乙有求于甲,借给甲车辆,利于业务往来。纪委查处甲的理由之一,就是基于推导出甲的附加目的。

区分推导出的合同目的与真实目的及合同的直接目的和附加目的的意义在于:第一,审查人员在审查合同时不能拘泥于所谓的当事人的真实目的。通常情况下,在争议发生诉至法院或提请仲裁时,裁判者在推断合

同目的，解释合同条款时，均依据双方签订的合同及履约形成的证据，得出的结论本身是不是当事人的真实目的已无关紧要。因此，审查人员在审查合同时，应从正、反两个方面重点关注，确保形成的证据推导出的合同目的是符合当事人利益的目的，而不是重点关注其是不是符合其真实目的。第二，适当注意合同的附加目的，可让审查人员的视角更全面，避免因合同签订带来附加风险。严格地讲，附加风险并非是履约的正常风险。例如，车辆的运行会产生费用，同时会带来风险，如发生车祸。乙将自有车辆借给甲使用，甲的配偶在开车时随时会面临发生车祸的风险。一旦出现车祸，甲和乙都面临着民事责任、甚至刑事责任，这是《车辆借用合同》本身带来的风险，属合同的正常风险范畴。乙将车辆借给甲使用，成为了甲涉嫌腐败的理由之一，这并非是《车辆借用合同》自身的风险，而属于附加风险。

二、推导合同目的的要素

推导合同目的可从盈利模式、合同条款设置、计价方式、财务处理、人员配置等方面入手。实务中，合同的类型较多，推导合同目的考量的主要因素也存在较大差异，不存在有“放之四海皆可适用”的标准因素，审查人员只能具体问题具体分析。例如，审查一份《劳务分包合同》，审查人员将施工范围内的劳务分包给其他单位可能是当事人的真实目的，但也可能是其为规避转包，或规避非法专业分包，或规避劳务派遣，甚至是其完成非法利益输送的一种方式。对审查人员而言，当事人的目的不同，其审查工作的着眼点及应关注的条款也不同，否则，审查就会因无的放矢而失去意义。例如，当事人交给审查人员一份《劳务分包合同》，其真实的目的是为规避劳务派遣的规定，如审查人员不能判断出当事人的真实意图而按照劳务分包的合同模式审查合同条款，而忽略劳务派遣的风险，其结果可想而知。下文以劳务分包合同为例探讨判断当事人的真实目的需考量的因素，并基于这些因素分析、甄别其与转包、非法专业分包、劳务派遣，非法利益输送的差异。

劳务分包是指工程承包单位将其承包的工程的劳务作业发包给劳务分包单位完成的活动。劳务分包和工程转包、专业分包、劳务派遣具有一定的相似性，但因法律对劳务分包的禁止性规定较少，因此，以劳务分包的

形式规避转包等法律禁止性规定的情形经常发生。[1] 转包是指工程承包单位承包建设工程后,将承包合同约定的工程范围内的全部建设工程转交他人实施,或者将全部建设工程肢解后,以分包方式转交其他单位实施。转包的实质是出卖工程合同,将部分应用于工程建设上的资金,变成工程承包方以出售合同渔利的收益,转包的存在势必会减少用于工程上的资金,致使建设工程的质量无法得到保障。我国法律严格禁止转包,并规定了严格的民事责任和行政责任,建设工程出现严重质量问题或造成严重后果的,会被追究刑事责任。专业分包是指总承包人根据合同约定或者征求项目业主同意后,将专业工程交由具备法定资质的专业承包单位完成的活动。专业分包受到严格的条件限制:第一,专业分包需取得发包人的许可;第二,主体工程不能分包;第三,分包企业需具备相应资质;第四,分包后的工程不能再次分包。劳务派遣是指劳务派遣机构与派遣工订立劳动合同,派遣机构与用工单位签订劳务派遣合同,将派遣员工交由用工单位使用,用工单位支付派遣工的劳务报酬、承担派遣工的社保等社会福利,并向派遣机构支付管理费的一种用工方式。劳务派遣具有严格限制:首先,派遣员工在用工单位仅能从事具有"三性"的岗位;其次,派遣员工享有与用工单位同工同酬的权利;再次,派遣员工的数量,不能超过用工单位总体用工数量的一定比例;最后,劳务派遣须取得行政许可。

转包被法律禁止,专业分包和劳务派遣存在诸多限制,劳务分包除要求分包单位具备相应资质外,法律上的禁止性规定较少,但某些特殊行业对劳务分包进行了限制,如电力工程,劳务分包不能独立完成爆破、混凝土浇筑、带电作业等。由于对劳务分包的禁止性规定较少,实务中,劳务分包成为规避法律禁止性规定或限制的常用方式,这主要归咎于劳务分包合同中提供的"劳务"正是转包、专业分包和劳务派遣所需的"劳务",虽然此劳务非彼劳务,但实践中却不易区分:第一,对劳务分包的限制性规定较少,就工程范围看,只要涉及劳务部分,无论是主体工程,还是非主体工程,无论是全部工程,还是部分工程,都可以进行劳务分包;第二,劳务分包无须取得项目业主的许可;第三,劳务分包中的劳务人员是和劳务单位形成劳

---

〔1〕 邱宏达、张建平:《解读〈建设工程施工劳务分包合同示范文本〉》,载《建筑经济》2004年11月刊,第48-50页。

动合同关系,缴纳社保的义务与安全事故的考核主体均为劳务单位;第四,劳务分包单位在提供劳务时,可采购非主要设备材料;第五,劳务分包单位面对的是大量劳务员工,在劳动合同管理及财务监管上存在巨大难度,与其他单位相比,现金使用量大且难以监管。正是因为劳务分包具有上述特点,在实务中才会成为规避法律规定的“避风港”,甚至成为利益输送的重要方式之一。尽管劳务分包和转包、专业分包、劳务派遣具有一些相同的特征,但审查人员只要综合下述因素考量,就可以透过现象看本质。

(一)劳务分包与转包的甄别

1.盈利模式及管理

盈利模式是企业赚钱的渠道,是企业通过一定的模式和渠道赚取利润。合同模式的设计、条款的安排、争议解决的选择,均是实现合同目的的要素,但每个具体合同的目的实现后能否达到盈利的效果,取决于盈利模式。从这个意义上讲,合同目的、合同模式、合同条款的设置都是实现盈利的手段。具体到每份合同中,其都承载着为当事人盈利的使命,或着眼于现实利益,或着眼于长远利益。也就是说,每个具体的合同都有着自己的盈利模式。对盈利模式的分析是判断、推导合同目的的关键环节之一。

劳务分包是当事人通过组织、管理劳务人员提供的劳务获利,转包是通过出售施工合同获利。劳务分包合同中的发包人将部分或全部劳务作业交由他人完成的行为,形式上与转包有相似的一面。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第7条规定:“具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同,当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的,不予支持。”转包与劳务分包的相似性,致使劳务分包成为规避转包的一种常见形式。但从盈利模式上分析,转包是靠打包出售合同而获利,不提供具体的劳务,也不参与管理,对于工程中涉及主要设备材料采购、质量控制、安全管理、资料管理、竣工及结算报告的编制都交由其他单位实施。劳务分包是靠提供劳务赚取利润。利润的构成包括公司管理费用、劳务工人的报酬差价、购买辅助材料的差价等。虽然劳务分包单位在施工中需要进行安全管理、质量管理、资料管理和竣工资料和决算资料的编制,但其针对的对象、在整体工程中所处的地位均与总包不同。在未发生转包的情形下,基于固有的盈

利模式,总包与劳务分包的管理层次与利益获取的渠道的区别十分清晰,即总包单位的管理对外针对的对象是发包方或业主,劳务分包单位的管理对外针对的对象是总包方,总包方对发包方负责,获取施工利润与管理利润,分包方对总包方负责,获取施工利润与管理利润。转包实质上是将上述两个管理环节进行了混同,虽然对外还是以总包方的名义针对发包方或业主,但实质上却是劳务分包单位直接面对发包方或业主,转包方在获取出售施工合同的利益后,其沦为了橡皮图章,而劳务分包单位获取利益的方式也已突破其应有的盈利模式。

2. 财务处理

财务处理包括工程预算、决算及工程施工过程中施工方购买的设备、材料等成本支出的财务处理。在未发生转包的情形下,财务处理方式有以下几种:(1)劳务分包的预算、竣工决算针对的是工程范围之内的劳务部分及提供的辅助材料,总包方的预决算针对的整体工程;(2)工程所需提供的主要设备、材料的购买主体是总承包方,买卖合同签订的主体也是总包方与供货商,辅助材料可约定由劳务分包单位提供;(3)在成本处理上,劳务分包单位向总包单位提供建筑发票或劳务发票,进入总包单位成本,供货商应向总包方出具发票,进入总包方成本,总包方的财务科目上的成本构成包括支付劳务单位的款项、支付材料设备的款项和人员工资等;(4)发包方或业主根据与总包方签订的施工合同约定,向总包方支付工程费用,总包方根据与分包方签订的合同约定条款向分包商支付费用;(5)总包单位履行施工合同存有盈利和亏损的两种可能,但无论是盈利还是亏损,承担的主体都应是总包单位。

如以劳务分包的形式规避转包,在财务处理上存在较大差异,具体有以下几点:(1)由劳务分包商编制预决算,以总包商的名义向发包方或业主提供,总包方关注重点是“卖合同”的收益,至于预决算的编制是否合理等均不关心;(2)工程中所需提供的设备、材料由劳务分包商购买,签订合同的主体实质为劳务分包商。但在实务中不排除以总包商名义签订买卖合同采购设备材料的情形,但此时总包商仅是挂名,其不参与具体的采购控制;(3)成本处理上,总包方的成本构成为分包商的费用和相关人员工资等,分包商开具的劳务发票包含了购买设备、材料的支出(如劳务分包商是

以总包单位的名义签订买卖合同的，出卖方开具发票的单位是总包方，实务中此类情形较多)；(4)总承包商的收款账户为“过路账户”，即发包方向总包方支付费用后，总包方不审查劳务单位的施工进度，扣除应收取的管理费用外，全部支付给劳务分包单位，如劳务分包单位之前已经将“买合同”的费用支付，总包单位的账户仅仅起个过路作用；(5)总包单位取得出售合同的收益，除此之外，不享受其他收益，当然，总包单位也不承担项目施工的亏损。

在实务中，当事人规避转包的方式更加隐秘，在财务处理上进行技术处理，主要有两种类型：(1)以总包商的名义采购主要设备、材料，并由总包单位签订买卖合同，但总包单位并不关注采购的价格、质量和流程控制。在成本处理上，设备、材料的供应商向总包单位提供发票；(2)总包单位委托劳务单位采购，质量、价格由分包单位控制，总包单位签署合同，设备、材料供应商向总包单位提供发票。

3. 人员配置

在未发生转包的情形，总包方在项目施工过程中应派驻项目经理、负责质量、安全、材料、资料的人员，其管理的内容也含有对劳务分包商的管理。分包商为配合总包方并顺利实施工程项目，其会根据具体情况派驻项目经理、安全员、质量员、材料员等进行对接及管理。至此，围绕项目形成的管理人员的体系分为三层：第一层，业主或发包方的工地代表、中介机构代表，如监理人员、造价人员、设计代表；第二层，总包单位管理人员，如项目经理、质量员、安全员、材料员、资料管理员；第三层，分包单位管理人员，如项目经理、质量员、安全员。但如总承包方将项目转包，那应由总包单位派驻的第二层级的管理人员缺失，分包单位派驻的第三层级的管理人员则会以总包方的名义直接面对发包方或业主。

在实务中，更加隐蔽的形式是总承包方实质上不派驻管理人员，但在表现形式上，总包方为规避风险，将分包单位的管理人员的劳动合同关系通过一定的方式转移到自己单位。如签订《人员借用合同》，以此证明项目上的管理人员属于总包单位派驻，有些总包单位也会与分包单位派驻工地的管理人员签订以完成一定任务为期限的《劳动合同》，来证明自己履行了管理义务。

(二)劳务分包规避劳务派遣的甄别

1. 假分包与真派遣的成因

为了规范用工形式,保护劳动者的权益,国家对劳务派遣进行了限制性规定,但目前我国的国有企业,尤其是大型国有企业需要大量的派遣工。客观上看,一边是国家对派遣工的严格限制,另一边是企业大量需求,在矛盾的交织中,劳务分包成为了规避劳务派遣的一种重要方式。使用劳务分包的方式可以规避劳务派遣中对“三性”岗位的限制和同工同酬的政策要求;可以规避用工单位和劳务提供人员可能形成的劳动合同关系;可以规避安全考核和社保等社会福利的缴纳义务。这一切都源于法律关系的改变。劳务派遣形成的法律关系是,劳动者和派遣单位签订《劳动合同》,形成劳动合同关系,因我国采取“一重劳动关系”说,劳动者被派遣到用工单位后不会形成劳动合同关系,而是由派遣单位与用人单位签订《劳务派遣合同》,形成派遣法律关系。劳务分包合同形成的法律关系是:劳务分包单位与劳动者签订《劳动合同》,形成劳动合同关系;劳务分包单位与发包单位签署《劳务分包合同》,形成劳务承揽法律关系。[1]

法律关系的改变,造成了法律适用的不同:首先,劳务派遣的岗位要求是“三性”,但法律对劳务分包没有类似限制,理论上,分包单位的员工可以参与任何工程范围的施工,可以从事任何岗位;其次,劳务派遣要求同工同酬,虽然用工单位可以从岗位、薪酬体系的设置上尽量避免出现同工不同酬的现象,但实务中单位职工和派遣工的混岗现象难以杜绝,只要有混岗现象的存在,同工同酬就是悬在用工单位头上的一把“利剑”,一旦产生纠纷,用工单位会十分被动,而劳务分包则不存在同工同酬的问题;最后,劳务派遣中用工单位最难突破的是“三性”中的临时性,即派遣工在工作岗位上的存续时间不能超过 6 个月。用工单位虽然可以采用技术手段进行适当处理,但技术的处理总不能掩盖事实真相。在实务中,派遣工在用工单位的工作年限早已远远超出 6 个月的现象大量存在。《劳动合同法》在解决类似争议时,有权机构往往认定用工单位已经与派遣员工形成了劳动关

[1] 对于该法律关系,在理论上存在争议,有些观点认为劳务分包单位与发包单位形成劳动关系或雇佣关系,但考虑到两类合同关系的签署遵循的原则不同、法律调整不同、法律责任后的承担方式及处理方式不同,因此,本书采用了特殊劳务承揽关系说。

系。劳务派遣关系如被认定为劳动关系,对用工单位来讲就已发生实质性变化,定编、定员的规定被打破、五险一金的缴纳主体发生变化、安全考核的对象由派遣单位变更为用工单位、薪酬体系、成本核算等,都会相应发生变化,从某种程度上讲,这种变化是许多大型国有企业无法承受的,而劳务分包则可以避免这种情况的发生。

考虑到劳务分包合同中,对劳务人员与发包单位的法律关系的认定存在争议,在设计劳务分包合同附件时,发包单位会要求分包单位提供资料证明劳务人员的劳动关系归属,其中包括:要求分包单位提供和劳务人员的书面劳动合同、社保证明或劳务人员放弃购买社保的书面证明、劳务人员声明自己和劳务分包单位具有劳动关系的声明书等。

2. 盈利模式上的区分

劳务分包是通过提供劳务而获取工程利润,劳务分包能否形成利润,考量的是分包单位的管理水平和项目具体情况,分包单位自负盈亏。劳务派遣是通过派遣员工而获取管理费用,管理费的收取是按照人头计算,通常情况下不会产生亏损。从工作范围分析,劳务分包针对的是工程项目,是在签合同时就已经明确了范围的工程项目。基于此,劳务人员提供劳务的范围明确,工作内容确定。“假分包,真派遣”的范围比较广泛,不仅可以派遣到工程项目提供劳务,也可以派遣到管理、技术岗位。派遣时,用工单位的项目可以确定,也可以不确定,派遣员工的工作内容也并非完全处于确定状态。

3. 计价的方式和范围

劳务分包的计价是通过成本、费用、税收核算,最终根据行业水平,结合具体项目确定利润。劳务分包单位根据项目的具体情况,自主确定劳务人员的种类、数量。对发包单位来讲,只要分包单位能够满足施工进度,人员的多寡、种类,与发包单位无关。“假分包,真派遣”的计价方式是按照“人头”计算劳务费,加公司管理费及税费测算总体合同费用。费用确定后,通过“倒扣”的方式寻找合适的工程项目倒扣工程量。用工单位根据需要确定员工的数量、种类,分包单位没有自主权。从计价的范围看,劳务分包因在合同签订时工程项目及工程范围已确定,其计价的工程项目及工程范围与实际的项目、范围和工程量相一致。“假分包,真派遣”,是在合同总

费用确定的前提下,通过寻找合适的工程项目,采用“倒扣”的方式使工程范围和工程量与合同价款相符合,因此,用于计价的项目、范围与实际的项目、范围并不一定相符,甚至没有关联。

4. 财务处理上的差异

财务处理必须依据基本的法律关系。劳务分包合同中,分包方会根据合同的约定提供预算和决算报告或施工进度报告,申请发包方支付工程款项。发包方向分包单位支付款项时,发包方依据分包方开具的发票作为依据,计入项目成本。提供劳务的人员在分包单位领取工资,以签字的工资花名册作为凭证,计入分包方单位的财务成本。“假分包,真派遣”的财务处理存在两种情形:一种情形是,按照正常的劳务分包的方式处理,或者是让分包方出具支付委托书,由用工单位直接支付劳务人员工资,但在财务处理上还是由分包方开具发票;另一种情形是,用工单位直接向劳务人员支付工资,将劳务人员的工资花名册作为做账依据,直接计入成本,分包方不开具发票。

(三)劳务分包与非法利益输送行为的甄别

劳务分包涉及的劳务人员数量庞大,人员的来源复杂、地域分布广、流动性大,许多施工项目分布在全国各地,甚至是世界各地。在分包单位,劳务人员的工资类收入差距大,五险一金的购买水平参差不齐。这样,核对、监管分包单位的实际劳动者人数十分困难。分包单位根据劳务人员的特点,大多采用现金方式支付工资,使分包单位的现金流量大。有些不规范的分包单位利用上述漏洞,采用类似虚报人数的方式,留存、使用大量现金。留存及使用现金形成的“账外账”成为违法乱纪的温床,具体危害如下:第一,虚增成本,偷逃国家税收;第二,账外的现金支配难以监管,经营者可采取各种名义据为己有或以各种名义作为奖金、福利进行分发;第三,施工行业属于充分竞争性行业,账外的现金可用于行贿或支付回扣的来源;第四,便于套取国家建设资金,此时的劳务分包沦为一些不规范单位“洗钱”的工具。审查人员在审查合同时,应准确界定劳务分包合同中是否夹杂了其他非法目的,避免成为违法、甚至犯罪的帮凶。

甄别劳务分包合同中是否夹杂着其他非法目的可从下述角度分析:首先,应特别关注商务条款。实务中,对审查人员的职责定位存在两种截然

不同的观点:一种观点认为,审查人员只负责合同模式设计、条款的安排,对合同存在的风险提出自己的建议和对策。至于商务条款,应由当事人自行协商,除法律对商务条款有明确限定外,如对借款利息的限制,审查人员无须关注商务条款;另一种观点认为,商务条款是合同中最重要的条款之一,其涉及合同是否公平、是否存在重大误解、是否存在胁迫甚至是否违反法律规定等情形,因此,审查人员应关注商务条款。就合同完整性而言,商务条款是合同的核心条款之一,权利义务的设置、利益的平衡、风险措施的使用、责任的分配无一不围绕商务条款进行,甚至合同的篇幅长短的选择,都与商务条款息息相关。

[**案例10-14**]例如,甲公司向乙公司提供借款,1000元和1000万元不仅是数字上的差别,对心理的冲击度也存在巨大差异,反映到合同条款的设置上,当事人的要求会有所不同,如借款1000元给他人,出借方对相对方的还款能力可能不会给予特别关注,但如是借款1000万元,出借方首要考虑的就是相对方的还款能力。基于对还款能力的关注度不同,对于担保、抵押的关注也会不同,借款1000元给他人,如去办理抵押登记,无论是支付的费用,还是耗费的精力都显得得不偿失,而借款1000万元,正常情况下都需要考虑设置抵押或担保;借款1000元给他人,是否关注利息条款都无关紧要,但借款1000万元时,出借方对利息重视度会提升到另外一个高度;借款1000元给他人,对于归还时间、违约责任的设定会忽略不计,而借款1000万元,出借方对归还时间、违约责任的设定必不可少。审查人员如不关注商务条款,无论标的大小、数量的多寡都一概而论,最终很难让当事人满意。因此,认为审查人员不应关注商务条款的观点是错误的。

因此,对劳务分包合同的审查应关注商务条款,其中包括:工程总价、计价方式、支付方式和期限。审查人员应根据行业惯例,签订合同及履约常态,综合判断总价款是否存有严重不合理之处,判断计价方式是否畸高、支付方式和期限是否存有违反常态的情形。当然,对审查人员而言,审查商务条款存在较大困难,信息的不对称、行业的不熟悉、劳动力价值判断的不准确,甚至当事人故意地掩饰、隐瞒,都对审查人员构成障碍,但即使是这样,审查人员也不能放弃对商务条款的审查。

其次,对工程范围的审查。利用劳务分包合同实现非法目的往往会采

取诸如提高单价或虚增项目范围等组合方式。提高部分单价或总价，固然能解决部分问题，但是在市场信息相对透明的劳务市场，凭借均价的制约，致使怀有非法目的的人不敢太明目张胆，于是虚增工程范围成为一个惯用手段。审查人员在审查劳务分包合同时，应密切关注工程范围，尤其对隐蔽工程和那些一经实施就归于消失的工程范围更应引起特别关注。

[**案例10－15**]甲公司为一家大型房地产开发企业，公司经营层为了使用资金方便，在项目开发前期，暗示自己下属的总包单位将平整场地、障碍物拆除、临时的围墙修建工作分包给一家与经营层关系密切的乙公司。乙公司完成“施工”报给总包单位的决算中大幅度增加了工程范围，如障碍物拆除，凭空多出几家住户的拆迁赔偿；围墙的修建长度，远远超过了实际长度，通讯电缆、光缆的迁改、电力线路的迁改的长度大幅度超出实际的工程量。分包单位把决算报给总包单位，总包单位扣除税费后将款项支付给了分包单位。后来，甲公司的项目在销售阶段，集团公司觉得项目总体成本偏大，指令集团内部的审计部门进行核查。在审计过程中集团发现，根本不存在所谓的拆迁户，调查时围墙虽已经拆除，但从现场勘查及对相关人员调查发现，虚列的成本远远高于实际发生的成本，至于电力线路和通讯光缆等更是离谱。最后对劳务单位的造价进行审计后，发现结算的金额是实际发生金额的4倍。这些从甲公司流出去的资金大多进了个别经营层的腰包。甲公司在追究相关部门责任时，发现了审查人员在合同会签表和付款申请单上的签字。基于此，审计人员对审查人员提出质疑，认为其未尽职责。而审查人员认为自己的职责只负责合同条款的审查，工程范围、商务条款不属于自己的工作范围，至于在付款流程的会签表上签字是公司管理程序要求。审计人员对审查人员的说法提出了异议，认为工程范围属于整体合同的一部分，审查人员应该予以必要关注，甲公司与总包单位的施工合同是由审查人员审定，总包单位投标文件中的报价清单属于合同附件，审查人员应对清单中已框定的工程范围予以审查。总包单位与乙公司签订劳务分包合同时，约定了工程范围，该合同也是审查人员审查范围，虽然劳务分包合同中约定的工程范围模糊，但在结算时，其提交的决算报告中计价的工程项目，突破了总包合同中的施工范围。如果审查人员勤勉尽责，应该能够发现其中存在的漏洞，因此，审计人员认为审查人员未尽责。

第十一章

合同主体审查

交易需要对手,合同主体是享有合同权利,承担义务的人,是达成并完成交易的对手。合同的主体大体包括三类:(1)自然人,包括本国公民也包括外国人和无国籍人;(2)法人,是指具有民事权利能力和民事行为能力,并依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织,包括企业法人、机关、事业单位法人、社会团体法人;(3)其他组织,是指除了自然人和法人以外的单位或者机构,如合伙企业、企业分支机构等。[1] 鉴于在经济社会中,企业法人主体之间的合同占据了主流并最具代表性,本书在做合同主体审查时,主要讨论的对象是企业法人主体。

审查人员在审查合同主体时应立足于适格性审查,却不拘泥于适格性,而应适当的拓展,扩展可从五个层面考量:第一,主体适格性与合同成立及合同效力。对当事人而言,签订合同是基于预定的合同目的,而合同目的的实现需依托合同的履行。因此,审查人员需关注因主体资格而可能影响合同顺利履行的因素;第二,当事人签订合同的目的不同,导致其关注的焦点不同,当事人与经营层虽有相同的立场,但这不能排除经营层有自己的利益诉求,且在当事人与经营层利益诉求发生冲突时,经营层的取舍会对合同履行产生质的影响,因此,在分析当事人关注的合同焦点时,应同时关注经营层关注的焦点。合同是在"过去"对"未来"交易关系的决策,"过去总与未来不同"决定了变化的存在,而客观发生的变化会引发当事人与经营层关注的焦点发生变化,焦点变化的实质是利益诉求的变化,利益诉求的变化无疑会影响到合同履行,审查人员对此不得不察;第三,合同审

---

〔1〕 张茜:《合同审查注意事项及风险防范》,载《中国安防》2011年9月刊,第108-109页。

查人员的工作职责是排除当事人及经营层的风险,而不同性质的当事人和经营层对责任关注的侧重点不同、重视程度不同,上述不同使当事人及经营层对潜在风险的认识不同、采取的规避策略亦不同。审查人员在审查合同时应认识到客观存在的差异,并据此采用具有针对性的策略;第四,当事人签订并履行合同需关注合同效率,而当事人的决策流程无疑会成为影响合同效率的因素之一,在实务中,审查人员对当事人主体资格审查时应关注当事人的决策流程;第五,在合同履约阶段,合同主体、合同内容存有变更的可能,本章将论述合同主体的变更。

第一节　合同主体适格性审查的思维与技术

一、主体适格与不完全适格的审查思维与对策

(一)主体资格与合同成立及合同效力

不言自明,当事人存在于所有的合同中,主体是否适格关系到合同能否按照预先设定的目的,得到法律的充分调整或保护,因此关注合同的主体资格是签订合同最起码的要求。是否取得主体资格关系到合同是否成立,在谁之间成立及合同效力问题,关系到当事人能否实现合同目的。合同审查首先应立足于审查法律规定对主体资格的限制与要求,但审查合同主体是否适格又不能仅拘泥于法律规定,同时,审查人员也应摒弃“法律未禁止即为许可”的观念,有时,即使法律并未对合同主体做出限制性规定也同样会给当事人带来风险。例如,某些特定主体从事居间业务被追究责任,或某些合同主体因自身存在瑕疵被追究责任影响到履约能力等。因此,审查人员在审查合同主体时至少应关注三个方面:第一,法律规定是否对合同主体存有限制性规定;第二,法律虽然没有限制性规定,但交易本身是否会因合同主体的特殊性或因交易的特性而引发其他风险;第三,合同主体自身存有的瑕疵虽不影响合同的成立与生效,但其是否会因被追责丧失履约能力而对合同的履行产生致命性的影响。

按照我国《合同法》的有关规定,当事人订立合同,采取的是要约、承诺

的方式，要约是指当事人向他方做出的以订立合同为目的的，具有较为确定的内容且需要受领的意思表示。承诺是指受要约人做出的同意要约的意思表示。从表现形式看，要约和承诺都是当事人做出的意思表示，抛开意思表示的内容和约束力看，这里包括两层含义：首先，必须是法律上的当事人；其次，是做出意思表示。也就是说，只有成为法律上"当事人"，才能做出意思表示，做出的意思表示才有约束力。

法人的民事权利能力以企业法人的成立为始期，消灭为终期。在我国，企业法人的成立时间是法人营业执照所标注的日期，法人民事权利能力的终期，是法人清算完结的登记之日。取得权利能力系成为独立法律主体的标志，无权利能力，即意味着主体资格不存在，无从实施任何有效行为。换句话说，企业法人只有享有了权利能力，才具备了对外签订合同的主体资格，存续期间为其具备民事权利能力的期间。除此之外，其没有主体资格实施签约的行为。

对企业法人，审查人员在审查主体资格时，应关注工商登记备案的状况。包括是否已登记备案、是否取得了营业执照及营业执照是否有效、是否存在被吊销的情形。例如，签约主体未取得工商登记，从理论上讲，其根本不具有做出意思表示的能力，与相对方合意的基础就无从谈起，所签合同不能当然在拟设立中公司与相对方之间成立，但这不妨碍合同在其他主体之间成立，此时究竟在谁之间成立合同的"当事人"处于待定状态，而当事人待定极可能会对相对方产生较大的影响。

（二）对主体适格性造成障碍的形态及应对

1. 合同主体及合同成立时间待定的合同

公司在筹备成立阶段，取得了工商核名，能否对外签订合同，签订的合同是否成立？从何时成立？在谁之间成立？从合同成立上看，第一种观点认为，合同不能成立，因为法人的民事权利能力和行为能力的取得始于工商执照的签发，既然设立中公司没有取得营业执照，不能做出意思表示，不具备签约能力，则签订的合同不成立。第二种观点从法律后果的承担推导，认为合同成立。设立中的法人如最终没有设立，合同约束的主体是工商核名载明的股东，如最终公司设立，民事法律后果由公司承担，因此，合同一旦签订就应成立，合同成立的时间为合同签订之时。第三种观点认

为,合同成立,但约束主体待定。从合同约束主体看,设立中公司对外签订合同,是在股东与相对人之间成立合同,设立中公司与相对人之间不形成合同关系。公司如最终设立失败,合同始终约束股东和相对人。若公司设立成功且合同是从公司利益出发或虽非从公司利益出发,但相对人属于善意,基于工商管理部门签发执照的事实,当事人发生变更,在公司和相对人之间成立合同,设立中公司对外签订的合同成立,但是约束主体处于待定状态。从合同成立的时间看,设立中公司与相对人签订合同,成立的时间为合同签订之时;如公司最终成功设立,公司与相对人之间成立合同的时间为公司设立之时;如最终公司未成功设立,则公司与相对人之间不成立合同,股东与相对人所签合同的成立时间为签订之时。

本书赞同第三种观点,第一种观点有失偏颇。从逻辑上看,设立中公司既然尚未成立,就不具备主体资格,不具备权利能力,从而不能独立享有权利、负担义务,其签订的合同由于缺少一方当事人而不能成立,从这个角度来看,采用合同不成立的观点是正确的。但该观点会陷入逻辑悖论,如果以设立中的法人不具备主体资格,而否认其对外交往的可能,法人也许永远无法成立,其忽略了在发起人和相对人之间成立的合同。第二种观点完全从责任分配和承担方面,推导合同成立,忽略了合同在谁之间成立,模糊了合同成立时间的变化。如单纯地从最终责任承担中推导合同成立,而不区分合同成立的时间和主体差异,势必会冲击合同法的根基。合同是当事人就相关事项达成合意,合意达成并表示受合意约束,则合同成立。合意需要由当事人做出,在法律上如根本不存在当事人时,如何达成合意?

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法司法解释(三)》)第3条规定:“发起人以设立中公司名义对外签订合同,公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的,人民法院应予支持。公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同,公司以此为由主张不承担合同责任的,人民法院应予支持,但相对人善意的除外。”从该条规定可以看出,利用设立中公司对外签订合同时,公司承担合同责任是有条件的,即签订合同是为了公司利益,或,若发起人是为了自己利益签订合同,但相对人属于善意。换一个角度看,发起人利用设立中公司的名义对外签订合同,合同成

立的主体是处于待定状态的，如发起人是为了公司利益，则在公司与相对人之间成立合同；如发起人为了自身利益，且相对人恶意，对于公司而言，合同并不成立，但这不影响发起人和相对人之间形成合同关系。《公司法司法解释（三）》第4条规定："公司因故未成立，债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。"此条规定，从另外一个侧面说明，在公司设立中，对外签订的合同，其主体处于待定状态。既然主体待定，那合同成立时间也处于待定状态。

区分设立中公司对外签订合同的意义在于，明确了合同成立之时的主体待定问题，也就明确了合同对谁发生约束力的事宜。合同行为是经济行为，只有在明确合同对谁发生约束力时，才知道向谁主张权利对自己最有利，才能最大限度地保障自己的合法权益。

2. 公司执照被吊销与合同效力

吊销公司营业执照是工商行政管理部门通过行政权的行使，将公司的民事权利能力和民事行为能力限制在依法清算的范围内，停止清算范围外的活动。《民法通则》第40条规定："法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。"法人进入清算程序后，除非为清算所需，否则不得与他人建立新的法律关系。不过，尽管法律作出如此规定，实务中，清算法人仍无可避免对外交往，甚至，公司执照被吊销后，不进入清算程序，而继续对外交往。此时，公司法人主体资格的问题凸显。

我国法律对上述问题没有明确规定。《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）第60条第2款规定："对于涉及终止的企业法人债权、债务的民事诉讼，清算组可以用自己的名义参加诉讼。"据此，清算组取得当事人能力。至于清算组中的法人是否具有当事人能力，《民通意见》中未作出具体规定。表面上看，肯定与否定两种解释均有可能，但无论肯定说还是否定说，二者都具有不可逾越的法律障碍。[1]

《公司法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《公司法司法解释（二）》）采用了与《民通意

---

〔1〕 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第431－432页。

见》不同的立场,《公司法》第 185 条第(7)项,界定清算组职责是采用了“代表公司参与民事诉讼活动”的表述。《公司法司法解释(二)》第 10 条第 1 款规定:“公司依法清算结束并办理注销登记前,有关公司的民事诉讼,应当以公司名义进行。”这表示公司仍然具备当事人的能力,清算人的定位是公司代表人。根据《公司法》、《公司法司法解释(二)》及最高院的回复意见,公司从被吊销营业执照到注销前,具备法人主体资格,可以自己的名义进行诉讼活动,但这并不意味着可以继续从事清算范围之外的经营活动。

《公司法》第 118 条规定了公司依法被吊销营业执照应予解散,规定了公司应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组,开始清算。《企业法人登记管理条例》第 20 条规定:企业法人歇业、被撤销、宣告破产或者因其他原因终止营业,应当向登记主管机关办理注销登记。《合同法》第 52 条规定:违反法律、行政法规的强制性规定的合同为无效合同。《公司法》、《企业法人登记管理条例》的规定均属于强制性规定,因此,被吊销营业执照的公司与相对人签署的合同应属于无效合同。

区分被吊销营业执照的公司对外签订的合同效力的意义,在于当事人签订合同的主观目的是通过正常履行实现合同目的,获取经济效益,而并非为浪费时间、遭受损失,甚至进行诉讼或仲裁。根据《合同法》的相关规定:“合同无效的,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿,合同无效的过错方应向非过错方赔偿损失。”在实务中,过错方一般都是被吊销营业执照的公司,附有赔偿义务。但是,一般而言,被吊销营业执照的公司大多缺乏偿债能力,即使通过公司人格否认制度,追究相关责任人的损害赔偿责任,这也与当事人的合同目的相去甚远。

3. 主体资格缺陷与利益保护及风险排除的策略

(1)以在履约阶段当事人资格存在的缺陷能否得到弥补为标准,可以将主体资格缺陷分为可弥补缺陷及无法弥补缺陷或称根本缺陷。从缺陷形成的原因为标准分类,可以将当事人的缺陷分为源于法律限制的缺陷和源于其他因素的缺陷。

不可弥补的缺陷属于根本性缺陷,没有补正的余地。如不具备资质存储危险品,不具备资质生产、运输、储存、使用爆炸物,国家机关未经批准为其他主体的债务提供保证等。根本性缺陷产生的风险具有不可消除性和

不可逆转性，行为人一旦实施，因此产生的风险将无法回避、无法补正。审查人员在审查此类合同时，主体资格的根本性缺陷就是阻碍合同签订的根本原因，此时，对当事人而言，无须再关注合同履行带来的利益多寡，也无须讨论具体的合同条款，因合同本身存在的根本缺陷让当事人丧失了基本的交易基础。

可弥补的缺陷即在合同签订时，当事人的主体资格存在瑕疵，但该瑕疵在履约阶段存有弥补的可能。如缺陷被弥补，因缺陷带来的影响被消除；如缺陷未能弥补，会影响到合同效力，而最终影响合同目的的实现。《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权的纠纷案件适用法律问题的解释》第 2 条规定："开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，应当认定无效。本解释实施前，开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的，可以认定合同有效。"该《解释》第 15 条规定："合作开发房地产合同的当事人一方具备房地产开发经营资质的，应当认定合同有效。当事人双方均不具备房地产开发经营资质的，应当认定合同无效。但起诉前当事人一方已经取得房地产开发经营资质或者已依法合作成立具有房地产经营资质的房地产开发企业的，应当认定合同有效。"诸如此类的规定，多见于司法解释。

审查人员在审查该类合同时，应注意两点：首先，应当关注当事人委托审查的终极目的及当事人对诸如无效等最坏结果的承受能力。如因当事人资格存有的缺陷不能弥补带来的法律后果在当事人的接受范围之内，合同可以签订，但签约后，当事人应积极创造、完善交易条件，消除缺陷；其次，应当注意把握主体资格存在缺陷得以弥补的时间节点，基于"节点"前后的裁判结果迥异，审查人员应注意到这种差异并采取适当策略。实践生活中，即使当事人存有缺陷，但如在履约阶段不引发争议或不出现履行障碍，合同也会在共同利益的统一性驱动下"有效"地封闭于当事人之间，即使出现履行障碍，当事人也会设法消除。但考虑到履约中的可变因素较多，而客观变化往往会导致当事人心态和主观认识的变化。因在相对封闭的合同关系中，利益总是处于此消彼长的状态，当事人的自利性会使其趋利避害，若客观发生的变化让其产生对更多利益的期待时，签约时当事人

资格存在的缺陷将会成为其摆脱合同关系的借口,争议也许由此产生。当争议不能自行解决而诉至法院或提请仲裁时,法律或司法解释规定的诸如“起诉前”、“判决前”则成为当事人弥补缺陷的最后时间节点,也是判断合同效力的重要节点。当事人的缺陷在最后的时间节点前得以弥补,合同有效;缺陷不能弥补,合同无效。

[**案例 11-1**]甲公司和乙公司签订《房地产合作开发合同》,约定甲公司以土地出资,乙公司筹集开发资金,在房地产开发完成后,按照约定比例分享收益。合同签订时甲、乙公司均不具备房地产开发资质。在履约阶段,土地价格经历了价格飞涨。甲公司评估后认为与乙公司的合作吃亏,于是提出调整土地价格,提高自己的分配比例。乙公司内心不同意调整,但也不直接拒绝甲公司提议,而是采取拖延战术,加紧办理房地产开发资质。甲公司看穿了乙公司的策略,借口乙公司的资金迟延到位将乙公司诉至法院,要求解除合同。假设,若在履约阶段,土地价格猛烈下跌,乙公司会不会觉得又“吃亏”而寻找理由解除合同?

一般情况下,为保证交易安全,避免争议,当事人应尽量避免签订效力待定的合同,但在经营中,商机稍纵即逝,事情的发展不可能完全按当事人的意愿进行,有时签订主体存有缺陷的合同也是不得已为之。审查人员在审定合同时若发现当事人存在缺陷,且该缺陷是否能及时弥补会造成截然不同的处理结果时,其应协助当事人把握消除缺陷的进程,并合理利用“禁止权利滥用”规则,在合同谈判,或在履行过程中收集或创设有利证据,使当事人的目的得以有效实现。

(2)源于法律限制产生的缺陷是指因为法律的禁止性规定,使当事人不能实施相应的行为,或是法律为规范外部环境、或交易秩序,禁止当事人实施某些行为。如《担保法》对国家机关、学校、幼儿园医院等主体不得为担保人的规定;《烟草专卖法》关于香烟生产、销售、运输的规定等。审查人员在审查法律上对主体资格具有限制的合同时应注意,法律上的限制性规定不仅对合同的效力产生影响,还会引发当事人及经营层的行政或刑事责任。

(3)源于其他因素造成当事人的缺陷是指法律并未禁止某类主体从事特定的交易,其交易行为本来不应受到影响,但由于其他综合因素的影响,致使当事人出现缺陷,从而引发法律风险,如居间合同。依据《合同法》的

规定,居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。居间合同促成合同成立后,委托人应该按照合同约定支付报酬。在居间合同中,居间人付出了劳务,即报告订立合同的机会,或提供合同的媒介服务,在条件具备即合同被促成后,收取劳务报酬。居间合同在现实生活中大量存在,如房地产中介、二手房中介、二手车中介等。《合同法》对居间的主体没有作出特别规定,居间在带给人们的生产、生活便利,促进交易的同时,也给了某些主体灰色的交易空间。

[**案例 11－2**]甲公司为一家大型民营企业,乙公司系一家大型施工企业,甲公司在某市有一大型商业项目需要招标确定施工企业,丙公司了解了甲公司的项目,与乙公司签订了《居间合同》,为乙公司提供媒介服务。最后乙公司中标,丙公司获取了居间报酬,乙公司赚取了合理的施工利润,甲公司的项目顺利实施。这种设计看起来能达到一个完美的结局,但这种"完美"的结局却会因乙公司的所有制形式不同而有所差异。如乙公司是一家民营施工企业,无论是否经过董事会或总经理办公会的讨论,与丙公司签订《居间合同》都不受影响;但如果乙公司是一家国企,情况则会有所不同:乙公司签订《居间合同》、支付居间报酬如事前通过集体讨论或获得授权,结局相对是完美的;如乙公司未经集体决策或执行机构事前未获得授权,支付居间报酬会引起是否为利益输送的怀疑,一旦被认定为"利益输送",不但《居间合同》会被认定为无效,有关利益主体也会因此承担行政或刑事责任。

在案例 11－2 中,甲公司为民营大型企业,丙公司作为居间方为乙公司提供媒介服务,客观上,形成了甲、乙、丙三家公司的多赢。但如甲公司是国有大型企业,丙公司的行为就可能演变为了扰乱招投标的行为,其获取的报酬极可能会被认定为非法所得。乙公司与丙公司签订的《居间合同》会因甲公司主体性质的不同而产生质的不同。

法律地位平等原则和合同自由原则是《合同法》的基本原则。法律地位平等原则在《合同法》中体现为每个人原则上都具有平等地参加缔约的资格;合同自由原则的内容包括:缔约自由、选择相对人的自由、合同内容的自由和合同方式的自由。但在实际生活中,审查人员不应一厢情愿地认为在平等与自由原则的指导下,当事人尽可从事法律未禁止的行为。因当

事人的缺陷并非仅来源于法律规定,而源于法律规定之外的因素一样可让当事人出现缺陷,且该缺陷引发的风险往往表现为人身性责任风险,如行政或刑事责任风险。

(4)合同主体的适格性与处分权。当事人签订合同时是为获取利益,其能否获取利益的最基本前提是合同所涉项目是否真实存在。如项目是真实存在的,当事人能否获利取决于是否有匹配的管理水平、合同履行是否顺利、商业环境、市场价格是否发生了大的不利变化;但如果合同所涉项目属于虚假,就从根本上无从谈起合同目的。编造虚假项目在实务中比较常见,上当受骗的人员、企业不仅遭受了经济损失,对精力的消耗、对心理的影响也不容忽视,甚至,一些专业人员都不能幸免于难。审查人员审查当事人的适格性,不仅要关注当事人的工商登记、年检情况、执照是否被吊销、特种作业人员是否取得了资格证、公司的资质、经营范围是否与项目匹配,更要关注当事人与项目的关联性,即当事人是否通过合法渠道取得项目、是否完备了完善的手续,是否完成了法律意义上的取得。否则,主体资格的审查会变得不完善。

[**案例11-3**]某省在招商引资时,甲公司申报了一个大型项目,省国土资源管理部门出具了土地使用批复、计委下发了立项批复,甲公司与土地所在的市政府签订了《招商引资合同》。合同签订后,甲公司支付了部分款项,开始寻找合作方承接该土地使用权并进行开发。乙公司与甲公司签订了《合作协议》,约定甲公司负责将土地使用权证办至乙公司名下,乙公司除承担所有费用外,向甲公司支付若干开发收益。协议签订后,甲公司通过努力,办理了国有土地使用权证,使用权人为乙公司。项目开发前,土地价格暴涨。甲公司将该宗土地的使用权又转让给了丙公司。丙公司审查人员在调取了甲公司工商资料和项目资料后,出具了审查意见,认为该土地之前已经完成了转让,从国土部门登记看,该宗土地属于乙公司所有,甲公司无权转让。针对审查人员的结论,甲公司提出反对意见:认为己方因不具备开发资质,所以委托乙公司持有,从法律意义上看,其与乙公司是一个委托代理关系,土地使用权的实质主体是甲公司。为印证己方说法,甲公司出具了国土部门、计委的批复文件,以说明该宗土地是项目配套土地,其权属只能属于甲公司。丙公司系大型国有央企,忽视审查人员的意见,坚持与甲公司签订了具有土地转让性质的《合作合同》,合同约定丙公司以

乙公司的名义开发。合同签订后,丙公司支付了几个亿的土地转让价款,但乙公司根本不予配合,《合作合同》也无法约束乙公司,丙公司因此而十分被动,合作项目拖了将近六年才通过诉讼彻底解决争议。

(5)合同主体的致命瑕疵与合同目的落空。当事人的目的只有通过合同的顺利履行实现,而当事人自身的瑕疵会对合同的履行产生致命性的影响,甚至会使当事人的合同目的落空。

[**案例11-4**]甲公司为一家由国有改制而来的民营房地产开发企业,在某市黄金地段拥有一宗土地的使用权,乙公司拟与甲公司合作开发,由甲公司出地,乙公司筹措开发资金。合作合同签订前,审查人员对甲公司的主体资格进行了审查,发现甲公司原来为一家国有企业,在市内开发了一些项目,拥有一定的土地储备。后经上级主管机关审批,同意甲公司改制,由国有变为民营。从工商登记的资料看,改制的审批、程序等都符合法律规定,但股东的资金来源却引起了审查人员的特别关注。甲公司在改制过程中,股东借用了甲公司的资金,签订了《借款合同》,且明确地记载了借用资金的用途是购买甲公司的国有股权。结果是新入股的股东没有支付对价,却把甲公司从国有变更为了民营,入股股东虽然对甲公司负债,但股东变更后的甲公司的实际控制权就掌握在新入股的股东手中,抛开民事主体相互独立的法学理论,实际上是新入股股东对自己负债。

审查人员认为,甲公司的改制极不规范,涉嫌国有资产流失。在当前巨大的反腐压力下,甲公司的股东潜在的风险被引爆的可能性比之前大,一旦甲公司股东出现问题,势必影响项目合作。结合甲公司要求在合同签订后,乙公司必须先支付部分收益的情形,审查人员判断甲公司股东是否已经察觉自身的风险。乙公司经营层认为,改制是在特定历史条件下发生的事项,公司是与甲公司合作,而非与甲公司股东合作,即使股东出现问题,亦不影响和甲公司合作。鉴于甲公司开具的条件十分优厚,双方签订了《项目合作开发合同》。但在履行过程中,甲公司股东因涉嫌侵吞国有资产被审查,甲公司陷入混乱。缺少了甲公司的配合,项目停滞不前,引发了诸多问题。乙公司当时期待的优厚条件随时间推移不但不复存在,而且每天不断发生的成本吞噬着理论上的收益。

(三)完全适格主体

1. 完全适格主体的内涵

完全适格主体是指当事人合法有效,拟从事的合同行为不被法律、法规所禁止或限制。当事人合法有效包括三个方面:第一,当事人领取了营业执照、组织机构代码证、税务登记证,并按照规定进行了年审,不存在被吊销、被撤销等情况;第二,当事人拟从事的交易不为法律法规所禁止或限制。合同主体是否合法有效,其法律行为是否突破了法律、法规给予的限制,直接涉及合同的效力,而合同的效力,直接关系到当事人的合同目的能否实现;第三,交易是否因合同主体适格问题引发其他诸如行政、刑事责任的风险。

2. 资质或许可和交易的匹配性与风险规避

合同主体拥有的资质或许可应与从事的合同行为相匹配,不存在超越资质的情形,具有匹配的资质涉及合同效力问题。没有资质或突破资质并不会当然引起合同无效,但部分合同会出现效力待定的状况。例如,当事人双方均不具备房地产开发资质,二者所签订的合作开发合同无效,但若起诉前当事人一方取得房地产开发经营资质或者已依法合作成立具有房地产开发经营资质的房地产开发企业,应当认定合同有效。

审查人员对当事人不具备资质或超越资质引起的风险,除关注其对合同效力的影响外,还应关注三个方面:第一,不具备或超越资质从事合同行为本身带来的不利法律后果。比如《房地产开发企业资质管理规定》中对于不具备资质、超越资质的情形规定了罚款、甚至吊销营业执照的处罚方式;第二,当事人或相对方不具备资质从事合同行为,衍生出对当事人的不利法律后果。如《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款规定:“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任”;第三,因相对方不具备资质或者超越资质,衍生出来对当事人经营层的不利法律后果。如《国家电网公司电力生产事故调查规程》中关于对经营者的安全责任认定的相关规定:非本企业领导的具备法人资格企业(不论经济形式如何)承包与电力生产有关的工作中,发生本企业负以下之一责任的人身伤亡:“(1)资质审查不严,承包方不符合要求……”这是因相对

方不具备资质或超越资质开展生产活动而衍生出的使经营层面临不利法律后果的规定。

3. 从业人员和合同行为的匹配性与风险规避

从业人员不具备相应的资格而导致的风险包括当事人承担的经济风险和经营层承担的行政、刑事责任风险。从业人员不具备相应资格而从事合同行为的，一般不会影响合同的效力，但是从业人员实施的行为是履行合同的行为，不具备资格会导致履行不当使当事人面临经济责任风险、行政责任风险，而经营层会面临行政责任及刑事责任风险。

审查人员涉及专业性合同时应高度关注从业人员的从业资格，否则不仅会使合同目的落空，产生的附加风险甚至比不能实现合同目的更加可怕。例如，合同履行涉及进入电网作业，要求作业人员具备特种作业许可证、电工进网作业操作证。电工特种作业许可证是主管部门对单位进行安全检查的重要内容之一，是追究单位和作业人员安全生产事故责任的重要依据，从事低压安装、电器操作、安全维修等人员必须取得该证才能上岗。电工进网作业许可证是表明电工具有进网作业资格的有效证件。只要有生产就有事故发生的可能，事故可以通过加强管理预防但却不能杜绝，事故出现后，国家主管机关根据事故发生的情况进行调查，查清事故发生的原因，并据此决定是否追究相关人员的责任。换句话说，在事故发生后，管理者面临着被追究责任的风险，但如果查清楚事故原因并未因管理不当发生，如因意外事件发生或因第三人过错发生，对管理者的问责会较轻或不追究管理者的责任。在涉及进网作业时，发生安全事故，如作业人员没有相应的作业许可证件，就犹如无照驾驶，一旦出现交通事故，无照驾驶的人肯定负全责。这不仅关系到经济责任的承担，还会因此涉及行政责任及刑事责任。此时，区分无证和有证的意义就展现得淋漓尽致。

许多行业，作业人员是否取得作业许可进行作业，在事故出现后，对责任的判定是非常关键的。审查人员在审查合同时，对此类问题一定要高度关注，否则，不但会使合同的签订、履行前功尽弃，还会引发一些超越当事人承担、超越经济风险的其他类型风险，而这种风险恰恰是无谓的风险。

4. 合同主体对交易标的相适应的处分权与合同目的

（1）合同行为是一种交易行为，交易的前提是交易主体对交易标的具

有法律意义和实质意义上的处分权。当事人的目的来源于合同标的,合同标的是合同权利义务指向的对象,没有标的的合同或当事人对标的不具备适当的处分权,则合同目的将成为镜中之月,合同商谈、签订、履行变得毫无意义,甚至会触犯刑律。实务中,有审查人员认为,即使当事人是无权处分也不影响合同效力,因此无须对无权处分大惊小怪。的确,随着《买卖合同司法解释》第3条[1]规定的出台,对无权处分的合同效力有了一个明确的裁判定论,但对当事人而言,签订了一份有效的合同并非是其追求的终极目的,抛开学术上的争论和虚化的利于交易安全保护的托词,从实际效果来看,在合同目的落空的前提下,合同是否有效影响的仅是其追究相对方责任的方式,但这绝非是当事人签约的初衷。

(2)相适应的处置权应从以下几个方面理解:第一,当事人具备的处置权的内涵非常宽泛,由于合同种类不同,其表现形式不同。例如在买卖、租赁等转移财产的合同中,标的常常和物联系在一起。换言之,标的是转移一定的物的所有权或使用权。而在提供劳务的合同中,标的只是完成一定的行为;[2]第二,当事人的权属仅限于"相适应"即可。例如买卖合同,出卖人对标的可以拥有所有权,也可以不拥有所有权,如其隐名代理委托人进行处置;第三,"相适应"应关注当事人的处置权利是否受限于法律规定。例如医院为了减少病人的痛苦,可以向患者出售吗啡,但如果当事人不具备与行为适应的权利,出售吗啡的行为会被界定为违法或犯罪。

二、主体资格的法律限制与风险类别的审查思维和技术

(一)绝对风险和相对风险与法律对主体资格的限制

1. 绝对风险与法律对主体资格的限制

对因当事人不适格而具有绝对风险的合同,尤其当其牵涉到行政责任风险甚至是刑事责任风险时,审查人员应建议当事人不要受到物质利益的过度诱惑,不要抱有任何侥幸心理。因风险爆发的时间具有不确定性,其可在合同履行阶段爆发,也可在履约完毕时爆发,甚至会在履约完毕很多

[1] 当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,法院不予支持。

[2] 王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2015年版,第376页。

年后爆发。当事人签订合同的目的是获取利益，但若因合同签订及履行使当事人面临着不但不能获利，且有可能遭受牢狱之灾时，合同签订及履行本身都毫无意义。例如，当事人不具备加工吗啡的资格而生产销售，其主体资格因有着根本性缺陷，而使当事人面临着绝对风险。

2. 相对风险与法律对主体资格的限制

对因当事人有缺陷，但潜在的风险仅是相对风险的合同类型，审查人员应摒弃“为排除风险而排除风险”的消极立场，其应根据不同的合同类型，采用不同的应对方式。总体上应从鼓励交易达成的前提出发，充分运用法律、法规、司法解释，甚至行业管理规定的差异，积极消除当事人存在的瑕疵，力争使当事人适格。例如，不具备开发房地产资质的当事人与同样不具备开发资质的相对人签订《房地产合作开发合同》，当事人在合同中面临着一定的风险，但该风险可通过资格完善而消除。

（二）适格合同主体的类型与变通

1. 自始适格主体审查的思维与策略

自始适格即从合同签订时，合同主体资格就不存在任何瑕疵。对此类主体的审查应从动态角度把握，“自始适格”不等于“自始至终适格”，在履约阶段，适当关注主体资格出现的变化，如营业执照被吊销、因公司财务状况恶化进入破产程序、公司或公司股东因犯罪致使公司业务停滞等。在出现上述状况后，虽《合同法》及合同约定会赋予当事人相应的救济权利，但实务中债权类型诸多，具有优先权的债权对普通债权能否受偿及受偿的程度冲击极大。因此，对合同履行时间跨度长、标的大的合同，在审查时应注意安全底线的设置；在履行时应随时关注合同相对方的变化，及时行使法律赋予的救济权利，保护自己的合法权益。

2. 中途适格合同主体的审查思维与策略

中途适格是指合同签订时当事人双方或一方不完全适格，但在履约阶段，经过补正使主体资格完全适格。审查人员在审查这类主体资格时应分段设计风险排除条款。签约时当事人的主体资格不适格，多涉及合同效力的问题，合同最终有效还是无效面对的处理结果迥异，对当事人而言，有效、无效的处理方式差异，使其面临的风险类型不同。因此，审查人员对因主体资格瑕疵导致合同效力的不同走向，应做两手安排，从合同条款设计

上设置不同的应对方案。合同签订后,应根据事物的具体发展情况,加快或减缓补正主体资格瑕疵的行为,充分利用法律或司法解释给予的空间,为保障委托方的利益最大化,决定让所签合同归于无效还是有效。在主体资格瑕疵被补正后,根据合同类型,适当关注主体资格的变化,关注的范围和应注意事项参考自始适格的处理方式。

3. 变通适格合同主体的审查思维与策略

变通适格,是指合同在签订时由于法律规定等限制,如不采用变通的方式,会造成主体不适格,使合同处于效力待定状态或使当事人面临着行政处罚。若采取变通方式,主体资格变为自始适格。变通适格与自始适格的一致在于:主体资格经变通处理后,从效果上看,都是自始适格。区别在于:如不采取变通手段,其最终结果可能是中途适格或至终都不适格。变通适格与中途适格的一致在于:如对合同主体不采取变通方式,在履约中,存在演化为中途适格的情形。区别在于:变通适格是自始适格。

[**案例 11－5**]甲公司为二级资质的开发企业,在市内有一个建筑规模40万平方米的项目要进行开发。若当事人不予以变通,甲公司一次性开发40万平方米的项目违反了相关限制规定,此时如进行适当变通,从形式上分为两期开发,则不再存在主体资格存在瑕疵的情形。当然,若甲公司不予以变通,在开发过程中,取得了一级资质,则当事人的瑕疵在履行中得以补正。

(三)审查人员灵活思维的重要性

1. 合理利用法律空间

审查人员能否充分利用法律法规或司法解释给予的空间在实务中意义重大。法律法规及司法解释的制定有着不同的着眼点,不同理念、不同制定部门和推出时机,抛开法律法规不同的效力等级,各种规定之间对于事物的认识存在差异,甚至矛盾。对审查人员而言,差异和矛盾是“法律”给予审查人员的发挥空间,能否合理利用这种空间,是考量合同审查人员水平高低的一个重要参数。

2. 修正对合同审查人员的定位,体现审查人员的价值

审查人员在审查合同时能够发现问题,找到合同存在的风险是最起码的专业技能要求。但只能发现问题,论证合同存在风险是远远不够的。合格的审查人员不但要能发现问题、提出问题,更要能解决问题。进行合同

审查时，对于“行”的问题，不仅要知道“行”，更要知道“为什么行”，会不会演化成“不行”，如何防止演化成“不行”，或放任其演化成“不行”；对于“不行”的问题，如何采取变通办法，演化成“行”或放任其“不行”。审查人员只有具备了上述专业技能，才能在承认与当事人之间存在定位差异的前提下，准确界定审查人员的工作定位，才能真正体现和审查人员存在的价值。

3. 适应《合同法》鼓励交易的原则

鼓励交易是提高效率、增进社会财富积累的手段，这不仅是因为只有通过交易才能满足不同的交易主体对不同的使用价值的追求，满足不同的生产与消费者对价值的共同追求，而且还因为只有通过交易的方式，才能实现资源的优化配置，保障资源的最有效利用。在市场经济条件下，合法的交易是提高资源使用效率的重要手段，这就决定了以调整交易关系为基本任务的合同法，应以鼓励交易为其基本目标。[1]

鼓励交易中的“交易”应是合法交易，反映到当事人，其应具备合法性。但市场经济形态多变，我国的行政权干预无所不在，当事人的合法性随时面临挑战，审查人员采用变通方式或合理利用法律空间的行为本身就是对当事人合法性的修正，是适应合同法鼓励交易本意的。

三、特殊适格当事人

（一）特殊适格的成因

严格地讲，所谓特殊适格当事人是在签订及履行合同中存在一定瑕疵的主体，但鉴于行业管理规定或具体环境的限制，考虑到主体存在的瑕疵不会产生质的影响，只有将该瑕疵忽略不计。

（二）特殊适格主体类别

1. 效益视角下的特殊主体

如严格按照法律规定，无法满足生产需要，或需要付出巨额代价的情况，则在不产生质的影响的前提下，适当扩大主体范围。被扩大进去的主体虽从法律的视角下观察存在一定瑕疵，但因不会产生质的影响，而符合经济原则。如按照相关规定，建筑施工企业的资质分为三类，即施工总承

〔1〕 王利明：《合同法研究》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 204 页。

包、专业承包和劳务分包。在建筑市场,发包人与具备专业承包资质的企业签订劳务分包合同的情况十分普遍,从规定本身角度看,既然对施工企业的资质进行了区分,该区分就有意义。具有专业承包资质的企业签署劳务分包合同,其在主体上肯定存在一定瑕疵,但实务中,若严格区分势必会降低效率。例如,一个变电站的修建,其中会涉及砌筑作业、油漆作业、钢筋作业、脚手架搭设、线路敷设、混凝土作业、焊接作业、水暖安装作业、抹灰作业等,几乎涵盖了劳务分包资质的全部类型。在招标过程中,如要求投标企业均具备上述资质很不现实,如分类招标,分类签订合同,则协调工作量的难度势必会增加。因此,国网公司颁布了相应的管理办法,允许别无选择时,只要选定的签约主体不会带来附加风险,对合同履行不产生实质性影响,即使存在一定瑕疵,也属无奈之举。

2. 别无选择时使用的特殊主体

例如,为了保障正常的电力供应,需要对电力线路进行巡查、维护,包括巡查是否存在人为破坏电力设施,架空线路下的植被生长的高度是否会带来安全隐患,高压走廊中是否有人新建建筑物或构筑物等影响线路运行的情形等。线路巡查需要大量的人员,电力线路往往又穿山越岭、跨江过海,绵延数千公里,而且线路所过地段,牵涉人员复杂。线路产权单位如果自己招聘员工完成巡线工作纯属天方夜谭,如按区划分包给其他企业,支付的费用也是天文数字。在别无他法时,适当突破规定的局限也许成为了最佳的选择。如某省产权单位根据行政区划和具体情况,与村镇签订《巡线合同》,约定由村镇组织当地农民兼任巡线员,通过对选拔出来的农民进行定期的巡线规则培训、加强巡查结果检查,有效地推动了巡线工作的开展。

第二节　合同主体的类型与合同责任

一、不同所有制类型主体对责任关注的侧重点

(一)不同性质主体之间存有的差异

从某种意义上讲,市场经济是一种企业家经济,不同所有制类型的资

本选用企业家的标准不同、赋予的自主决策权不同、政府对其监管控制的强弱亦不同。根据所有制类型，我国企业分为国有性质企业、集体性质企业和民营性质企业，占据主流的是国有性质企业和民营性质企业。

国有性质与民营性质主体之间存在如下的差异：

(1)国有性质的企业选聘经营层的组织流程复杂，赋予经营层的自主权相对较小，对其经营活动的监管、控制程度高；相比较而言，民营企业用人体制相对灵活，政府的监管、控制多体现在法律层面，行政权对其实质运行干预较少，经营层在决策上发挥作用的空间较大。

(2)从对应的权利上看，国有企业经营者的薪酬、福利严格受到严格控制，一旦突破会涉及行政处分，甚至面临刑事责任追究；民营企业经营层的薪酬、福利受企业内部制度约束，调整空间较大。

(3)从关注点上分析，国有企业的经营层要关注企业的经营效益、人员稳定及其他因素，如职务调动、升迁；相比较而言，民营企业对经济效益的关注度相对较高，而对人员稳定、职务升迁、调动的关注度低，甚至有些股东和经营层合一的，不需要关注调动、升迁。

(4)从企业权属和经营层关系的设计模式上看，国有企业是经营者和所有者分离，混改的推进虽从一定程度上有所改观，但发生质的转变的可能性不大；而民营企业，尤其是我国现阶段的民营企业，所有者往往就是经营层或者说经营层的主要构成人员就是所有者。

(5)从所受监管上看，国有企业不但受到税务、工商、统计、审计等行政部门的监管，还同时受到上级主管部门的制约，如国有企业总经理调离会经历内部审计部门的经济责任审计，企业在经营过程中需要接受审计部门、稽核部门的审计、稽查；而民营企业在接受内部、外部审计、稽查上的频率、力度显然较弱。

(二)国有企业经营层的困境——三难境地

1. 经济效益困境

企业效益不好，员工的工资待遇会受到影响，从而影响到社会对经营层的评价，如一旦造成不稳定事件，经营层必将受到影响，故国有企业经营层必须考虑经济效益。

2. 决策困境

攫取经济利益的时候,即使项目的预期利润再好,不走完流程也不能签约,虽然有些市场机会稍纵即逝,但是因流程不完善产生的责任是经营层的管理责任,且这种责任更加宽泛,不仅包括社会评价的降低,还包括民事、行政、刑事责任,而赚取的利益是企业的利益,两权相害取其轻,经营者不会因赚取利润而置自己前途、自由于不顾。

3. 责任困境

因签订合同造成亏损,即使是市场本身风险所致,往往也有人会因此承担责任,如合同签订决策流程上存在瑕疵,经营层和主要人员的责任将不可避免;如合同签订经过了集体决策,甚至上报了上级主管机关批准,理论上应是集体负责,但集体负责也存在责任轻重,具体负责的经营层人员的责任最重也是合乎情理的,只是经过了集体决策后,承担的责任会大幅减轻。

二、审查人员识别国有和民营企业经营层差异的重要性

(一)规则与效率——宁牺牲效率也不能违反规则

国有企业和民营企业在客观上存在较大差异,体现到合同签订及履行上,其关注重点会因客观存在的差异而有所不同,而关注点的不同对合同审查及履行的意义至关重大。例如,一个大型国有企业对外签订重大投资合同,需要投资、法律等部门进行论证,论证完毕提交总经理办公会讨论,讨论后报董事会审批,如果该企业属于二级企业,还要上报上级主管单位,主管单位有时还会再走一遍同样的流程。走流程的过程就是体现集体决策的过程,虽然牺牲了效率,但却减轻了经营层的责任。从程序设置、体系监督、避免国有资产被非法侵占和保护干部的角度上看,复杂的决策流程设置并非不当。决策流程走完,合同签订进入履行阶段或者在履行完毕,各种检查、审计接踵而至。审计、检查的目的一是在过程中纠偏,一是事后对出现的问题追责,其设置的目的之一是形成震慑。

(二)国有企业经营层趋于谨慎的思维及成因

国有企业经营层在这种震慑及束缚下,心态会发生变化:企业及企业员工并不属于自己,但自由、职务及因职务高低而体现出的社会地位是自己的,无论是签订合同还是履行合同,前提是不能出现对自己自由或职务

产生影响的不利因素，之后才会考虑合同的签订和履行是否带来经济效益。市场经济本身是收益和风险并存，签订合同追求双赢或多赢仅是一种期待，并不能与获利直接划等号。利益的取得赖于多种因素，如盈利模式的设计、市场环境等；同理，使利益受损的因素也是多种多样的，如决策失误、市场变化、价格变换、汇率变化等都可能造成亏损。一旦亏损成为事实，责任的追究又不可避免，在追责过程中，"执法者"往往又会模糊市场风险和决策失误的界限，模糊签约当时与现在的各种变化，如签约当时与"追责"时法环境、商业环境、政策的变化。从一定意义上讲，国有企业的经营层只能"赢"而不能"输"，这决定了其相对"谨慎"的思维。

（三）审查人员应有的思维与策略

审查人员站在不同的立场，其工作方式应有所差异。站在国有企业立场，审查人员应体谅经营层面临的困境，在合同谈判、签订、履约控制、解决争议及处置纠纷时，除考虑当事人的风险和利益外，还应协助经营层个人规避可能的风险。如审查人员站在国有企业相对方立场，其应洞悉合同相对方经营层的心态和困境，充分利用相对方的弱点，争取自己利益的相对最大化。但审查人员更应知悉的是，一旦委托方的诉求会给国有企业经营层带来附加风险时，无论该诉求是否符合法律规定、是否合理，其被满足的可能性较低。审查人员意识到这一点，在合同履行过程中，应避免将经营层置于相对危险境地，转而采取相对灵活的处置方式，可避免一些无谓的争议。

三、不同性质主体对责任类型的排序

（一）不同类型责任的内涵

民事责任是指民事主体在民事活动中，因实施了民事违法行为，根据民法所承担的对其不利的民事法律后果，或者基于法律特别规定而承担的民事责任。合同中涉及的缔约过失责任、违约责任是主要的民事责任，民事责任主要是财产性责任；行政责任是经营主体违反法律法规应承担的行政法律后果，包括行政处罚和行政处分；刑事责任是依据国家刑事法律规定，对犯罪分子依照刑事法律规定追究的刑事法律责任；企业内部责任是指企业根据内部制定的规章制度或国家相关机关制定约束特定人员的制度，对违反制度的行为人追究的一种责任方式，包括党纪政纪处分。

(二)不同性质主体对不同类型责任的感知

1. 面对不同类型责任的思维方式

(1)对刑事责任的感知,国有企业经营层和民营企业经营层有着共同点,但也有一定差异。其共同点是,犯罪主体包括法人和自然人;无论国有企业还是民营经济,在经营过程中都会尽量规避刑事责任。其不同点是:第一,由于风险与收益的匹配程度不同,对待刑事犯罪的态度有所差异。国有企业经营层把自身的刑事责任风险放到首位考虑,经营层不会因让企业获益而使自己面临承担刑事责任的风险。无论合同对企业存有多大的利益诱惑,经营层都不会同意签订合同(因个人私利触犯刑律的,如受贿等不在讨论范围),因经营层用自己的人身自由去承担风险,由所在单位获益,利益与风险不匹配。一旦潜在风险转化为现实风险,责任人不仅会失去自由,而且会变得一无所有,公职会被开除,更谈不上职务、地位、福利。因此,国有企业经营层将自身的刑事责任风险放在第一位并无不当。民营经济在巨大的利益诱惑下,在风险与利益相匹配时难免有人会抱有侥幸心理;第二,规制国有企业的经营层的刑律范围广,如国有企业经营层因合同签订给企业造成重大经济损失,可能面临着涉嫌渎职等刑事指控,形成国有企业承担经济风险,经营层承担渎职的刑事风险的局面;但如果是民营经济,即使因合同签订给自己造成的损失再大,也不会触犯此类犯罪。

(2)对于行政责任的关注,国有企业经营层首先关注自己是否会因承担行政责任而被问责,影响到职务升迁和调动,其次关注行政责任的承担对企业造成的负面影响及经济利益损失;民营经济首先会考虑行政责任的承担对企业经济利益及企业形象的影响。

(3)国有企业经营层对民事责任的关注是因为这牵涉到经济指标的考核,而指标的考核牵涉到职务的升迁、调动和社会评价,但国有企业对民事责任的关注度比民营企业较低。如前所述,在巨额利益诱惑面前,国有企业把触犯刑律当成高压线,但不排除有些民营企业抱有侥幸心理,冷酷的"自生自灭"的现实使民营经济不得不去关注经济效益,不得不关注民事责任的承担。

(4)对于内部党纪政纪处理关系到国有企业经营层的切身利益,关系到职务的升迁调动,关系到组织对自己的认可程度,但对于民营企业,此点可以忽略。

2. 不同类型责任的排序

从上述论述可以看出：国有企业经营层对于责任的排序基本上是：刑事责任风险—行政责任风险—党纪政纪处置风险—民事责任风险。而对于民营企业，其排序为：刑事责任风险—民事责任风险—行政责任风险—党纪政纪处分风险，特殊情况下是民事责任风险—刑事责任风险—行政责任风险—党纪政纪处分风险。

3. 对不同类型的责任排序与审查人员的思维及策略

（1）法人主体的意思表示最终都可归结为自然人的意思表示，企业的意思表示是通过经营层做出，一定意义上，经营层的意思表示就是企业的意思表示。经营层对责任排序的差异，决定了其对合同潜在风险的认识角度不同，认识的不同会导致关注焦点的差异，而关注焦点的差异决定了其对合同模式的选择不同，权利义务条款的安排不同，履约控制和争议解决方式不同。审查人员在审查合同时应正视这种客观存在的差异，只有这样，在选择合同相对方、谈判、设计合同模式、设定合同条款时才能有的放矢，提高签约和履约的成功率，才能做到真正意义上的风险排除。

（2）修正合同审查人员的定位，正确认识企业面临的风险和经营层面临的风险的关系。审查人员的工作目的是排除各类风险，其首先应考虑的是经营层的风险，包括因合同履行本身带来刑事责任风险、行政责任风险、内部党纪政纪处分的风险；其次才考虑企业的民事责任风险。如一份合同的签订或履行会导致经营层中相关人员触犯刑法或者受到党纪政纪处分，则合同的签订及履行会失去了本来的意义。从一定意义上讲，经营层是企业组成的不可分割的重要部分，排除经营层的风险，保护经营层就是排除企业风险，如果连经营层的风险都不能排除，谈何防范企业风险。因此，审查人员在开展工作时，无须回避审查经营层所面临的风险。

（3）对主体责任风险排序，并基于此定位开展工作，体现了审查人员存在的必要性。合同审查是企业经营过程中一个必不可少的环节，尤其在倡导依法治企的环境下，经营层因合同行为不当被问责的现象层出不穷。但考虑到我国企业的现状，尤其是国有企业，经营层的人事安排是组织任命，任命时考察的是综合性因素，而并非完全侧重行业专业知识或法律专业知识。对经营层而言，合同是企业开展经营活动的重要部分，但却并非全部。

对审查人员而言,审查合同是其工作重心;对经营层而言,合同审查被镶嵌到企业管理环节的主要目的之一是为经营层决策提供依据,分担经营层所面临风险,为企业的顺利发展提供法律上的专业支持,因此,合同审查是企业经营中必不可少的环节,而该环节存在的价值和意义就是依据企业现状,排除经营层和企业的各类风险。

第三节　合同主体关注的焦点及动态变化

一、关注焦点不同的成因——欲望、焦点与软肋

(一)合同焦点的视觉错位及成因

1. 对相对方关注焦点的判断误差及成因

合同焦点是指当事人集中关注的问题。合同焦点衍生于合同目的,表现为对合同权利,尤其是对核心权利和支付成本的关注。不同类型的合同中当事人关注的焦点自然不同,如在《房屋买卖合同》与《房屋租赁合同》中,房屋所有权人对合同关注的焦点因合同类型不同而不同。同类型合同中,当事人关注的焦点有着共同性,但却也会因当事人及经营层的不同而极具个案性。常态下,当事人的目的与经营层的目的具有一致性,但这不能否定经营层的目的与当事人的目的客观存在的差异性。至此,合同中会出现对所关注焦点的视觉错位,即合同一方认为对方应重点关注的焦点,却并非为对方重点关注,或者相反;同理,从当事人的立场出发认为经营层应关注的焦点,也许并非为其重点关注,或者相反。这一切源于不同的主体拥有着不同的诉求。

2. 当事人与经营层关注焦点的差异及成因

合同利益的“统一性”不仅存在于当事人与相对方之间,也存在于当事人与自己的经营层之间。经营层与自己代表的当事人“一荣俱荣”或“名利双收”是其期待达到的最理想状态,但“自利性”又会使经营层的判断掺杂进自我因素,当经营层判断履行结果可使当事人“名利双收”,但自己却不能“一荣俱荣”,甚至会面临否定性评价时,或自己有着“名利双收”的机

会，但需当事人付出一定代价来成就自己时，对合同签订及履行具有决定性影响的经营层不同的选择会使“合同焦点”出现差异。例如，在政治色彩比较浓厚的《建设工程施工合同》中，作为发包方的经营层，在面临工期与增加经济支出的矛盾时，有些经营层会通过让渡当事人的经济利益来换取自己的肯定性评价。

（二）合同焦点的准确把握——欲望与软肋

1. 审查人员如何把握合同焦点

审查人员判断合同“焦点”应同时从下述三个方面把握：第一，合同类型。相同类型的合同中，当事人关注的焦点具有相同性。例如，《建设工程施工合同》中，发包方关注的焦点是工期、质量、安全、工程价款等，承包方关注的是工期、进度款与决算价款的支付、质量、安全。但在以合同类型判断当事人关注焦点时，应注意“形式与目的”不符的合同类型，例如，以签订《股权买卖合同》的形式达到收购土地为目的的合同，受让方关注的焦点与正常的《股权买卖合同》有所差异；第二，合同履行的阶段。当事人关注的焦点是动态变化的，例如，《借款合同》中，在签订合同时，出借方关注的是资金安全、归还日期、利息。在借入方财务恶化，可能丧失还款能力时，出借方的关注焦点将集中在资金安全，利息收入则退居次要位置。此时，如借入方请求出借方承诺免除或降低利息就归还借款时，出借方多半会因保证资金安全而同意借入方的请求；第三，当事人及经营层。二者对合同关注焦点及变化的影响应从两方面考虑：一方面，合同签订当时，不同性质的企业、不同类型的经营层关注的焦点不同；另一方面，在履约阶段，随主客观情况的变化，经营层的心态变化会导致关注焦点的变化。在合同签订阶段，经营层对自身人格利益的重视程度往往影响着其对交易伙伴的选择，例如，某公司有一大型基建项目需要寻求一家施工单位施工，如经营层完全无私，就可以站在公正、公平的立场通过严格的招投标形式确定施工单位；但如果经营层有着自利打算，其要么会选择自己的亲戚朋友作为交易对手，要么会选择领导暗示的施工单位作为交易对手。

2. 欲望与软肋的演化及合理利用

“无欲则刚”意味着有欲望就会有“软肋”，审查人员在审订合同并参与履约控制时，应在不同阶段分析委托方与相对方不同的利益诉求，判断

合同双方关注焦点的差异,同时承认委托方与自己的经营层、相对方与他自己的经营层在不同阶段有着自利的“欲望”,且这种“欲望”并非总与其代表的主体相一致。在内部的“欲望”产生差异,且不能做到两全时,“欲望”就会演变为“软肋”。适当牺牲自己所代表的当事人的利益来满足自己的“欲望”就成为经营层的选项之一。审查人员应善于发现上述差异,并据此有针对性地制定策略。例如,在政治色彩较为浓厚的《建设工程施工合同》中,项目能否按时、保质、安全的完成关系到领导对发包方经营层的社会评价,甚至关系到经营层的职务升迁与调动。审查人员如代表发包方,在履约阶段,如施工方提出适当增加施工费用,否则难以按约定工期完工。独立地站在发包方的立场,其重点关注的是施工方要求增加的费用是否合理,是否符合合同约定;站在经营层的立场,其也会思考要求增加费用的合理性,但其更加关注延期竣工给自己带来的影响。经营层对社会评价的“欲望”成为其思考及处置问题的“软肋”,这对其处置此类问题会产生深远的影响。

二、合同焦点的关注在实务中的运用

(一)换位思考——寻找并合理利用“软肋”

1.换位思考的内涵与目的

换位思考是人与人之间的一种相互心理体验的过程。在合同领域换位思考并非仅指想人所想,还包括转换立场思考他人签订及履行合同时应重点关注的焦点,并围绕着“焦点”制定相应策略,以及以“满足其关注焦点”为条件,促使其在“非重点关注”部分的妥协,即利用当事人及经营层的“欲望—软肋”,通过打击相对方的“软肋”使委托方获取利益最大化,或为保护委托方“软肋”不受致命打击而适时、适当地妥协。在合同谈判阶段,换位思考可有效提高当事人的签约成功率;在履约阶段,换位思考可实现当事人的利益最大化,或确保实现能满足合同目的的核心权利,且会有效降低争议发生概率。

2.如何培养并在运用换位思考的思维方式

审查人员的换位思考是基于独立第三方立场做出的,即审查人员站在自己的立场,思考委托方与相对方、委托方与其经营层、相对方与其经营层对合同签订及履行的想法。既然是合同,其中至少存在两方主体,涉及五

方关系,即委托方、相对方、委托方经营层、相对方经营层、审查人员。理论上,委托方和委托方经营层与审查人员的立场具有一致性,但如前所述立场一致并不当然意味着利益一致。基于此,审查人员的换位思考应分三个层级:第一层,委托方与相对方。审查人员结合合同目的、当事人的核心权利分析委托方与相对方关注的合同焦点是为确定审查工作的重心,但需引起注意的是,审查人员不应单纯地为确定焦点而确定焦点,分析合同焦点的目的是为寻找委托方与相对方的关注差异,是为进一步认识制约合同目的与核心权利实现的各种因素。制约合同目的实现的因素来源于三方面,其中包括因自身因素形成的制约条件,如委托方是否有条件、有能力履行合同约定的对待给付;相对方设置的制约条件;突发因素或诸如法环境的变化出现的制约条件。审查人员应以关注焦点为纲梳理制约因素,并根据实际情况,事前设置消除制约因素的程序、方式,或在履约过程中,适时清除。

第二层,理解委托方与委托方经营层的思维差异,并设置适时、适度、体面的妥协程序与方式。自利的本性使立场一致的两方有着不同的利益诉求。当事人的利益诉求是正大光明可识别的,而经营层的利益诉求是隐蔽的,不可识别的,但经营层的利益诉求有时却似一双“无形之手”左右着当事人的行为,且其总会自然地遁入当事人的行为而借当事人之名提出。经营层追求“名利双收”,追求获得肯定性评价无可厚非,在经营层的利益与委托方的利益“冲突”时,审查人员应能在事前或事中察觉到这种“冲突”,并客观地分析“冲突”成因及对合同签订、履行的影响,从利于交易达成、利于合同顺利履行的角度出发,在设置的合同条款时留有允许其适度妥协的余地。也许,单纯地从经济利益观察,允许经营层适度地妥协会伤及当事人的利益,但从总体上看,适度的利益让渡换取交易的达成,或换取合同的顺利履行是市场经济中一种务实精神的体现。

第三层,利用相对方与相对方经营层的思维差异。相对方与其经营层出现利益的“冲突”的成因及表现形式与委托方与其经营层出现利益“冲突”的成因和表现形式无异。只是,因为立场的差异,审查人员对利益“冲突”的对待方式应有不同。对委托方与委托方经营层之间的利益“冲突”,审查人员应抱着“理解”的态度,事前或事中寻找能让当事人妥协的路径,

但对于相对方与其经营层之间的"冲突",审查人员应适当"制造"并"利用"而非"防范"与"理解"的态度。"制造"冲突的目的是对其一致性的立场施加影响;"利用"冲突是试图寻找突破点,假定相对方的经营层会站在自利的立场,采用适度"牺牲"相对方利益的方式完成妥协。制造并利用相对方与经营层的利益"冲突"的实质是在不同的合同阶段讨价还价的一种策略。具有相对性的合同,经济利益封闭于合同关系之中,并可用客观手段予以衡量,且其总是处于总量守恒的状态,但当事人及经营层的人格利益却因主体性质、经营层的认识、处境不同而认识各异,有些在乎自己的商誉,而有些却不那么重视;有些关注肯定性评价,而有些却不以为然。具有差异性的、主观的、无形的人格利益是平衡客观的、有形的经济利益的有效手段。审查人员在协商的过程中,无论是面对委托方还是相对方,对经济利益的争取或妥协不应局限于短兵相接的针锋相对,其可以根据具体的情形,适当地以不同的人格利益来调整对经济利益认识的差异。

(二)多赢思维——不局限于具体合同来看待利益

1. 判定双赢或多赢的视角不应仅限于单纯经济利益

虽然具有相对性的合同关系中经济利益始终处于此消彼长的状态,虽然当事人之间的合同地位处于相互独立的状态,但这丝毫不影响当事人之间能实现双赢或多赢。合同是一种合作行为,常态下,在合作中会因当事人的谈判能力、地位、紧迫性的差异而使利益的分配看起来有失公允,但公平正义仅是衡量行为人行为的价值观念,当事人实施交易的目的不是为验证该观念,而是为达到自己既定的目的。例如,某公司在资金链将要断裂之际,以低于市场价的价格出售自己的物业以缓解资金压力,避免破产,买受人之所以能以低于市场价的价格取得交易标的,是其有意或无意地利用了出卖方面临的困境。看起来"低于市场价"的交易有悖于公平,但出卖方能快速获取资金,避免破产,何尝不是取得了"利益"。因此,观察合作是否取得了双赢或多赢的结果,首先应综合考虑合同在当事人经济链条中的地位、作用和权利实现的紧迫程度,其次才应考虑在具体合同中的经济利益因素。

2. 多赢思维下的焦点预判与利益最大化

一方策略的成功必须建立在对方策略成功的基础之上,当事人之间的

立场差异决定了利益诉求的对立性,但“利益对立”是以交易达成及合同存续为存在前提的。审查人员有效利用当事人之间的立场和利益诉求的差异,可最大限度地实现当事人的利益最大化。如前文所述,当事人性质不同、企业所处阶段不同、经营层的认知不同,造成对合同焦点的认识亦不同,也许一方感觉并不重要的因素正是相对方关注的焦点。讨价还价的最优势地位在于能够看清对手的底牌,然后根据自己的具体情况制定具体的策略。分析合同焦点就是试图摸清对手底牌,并在清晰对手底牌的前提下,合理运用自己手中的筹码,尽量压缩相对方的利益空间。

[**案例 11 -6**]甲公司系一家大型国有企业,承包了一项架设电力线路的国家重点工程,工程的工期、质量要求非常严格。电力线路架设需要通过一些比较复杂的地区,其中不但涉及了复杂的手续办理,还涉及了民族问题,一旦处理不好而引发民族矛盾,则后果将不堪设想。乙公司系一家民营公司,长期在当地施工,了解民族的风俗习惯,具备施工经验。于是甲公司拟与乙公司签订劳务分包合同,将拆迁项目交给乙公司实施。此时甲公司与乙公司的关注焦点的异同成为双方相互博弈的筹码,甲公司如期完成国家重点工程既有经济因素考量、也有政治因素考量,一定程度上,政治因素的考量占据了较重的地位;乙公司考量的是经济因素,当然,其不关心政治影响也无可厚非。这样,对甲公司非常重要的政治因素,却被乙公司忽略。但乙公司自身忽略政治因素并不等于其在谈判时不会利用该因素,此点往往会体现到其对工程价款的开价。甲公司在合同谈判前,对此应有一定的心理准备,即该工程可能会比同类工程的支出多。若甲公司未准备,谈判将会十分艰苦,甚至难以找到合作伙伴。对于乙公司而言,甲公司特别关注的焦点,就是自己的筹码,其适当提高价款上的要求,被满足的可能性较大,但乙公司应考虑到甲公司的性质,漫天要价,突破甲公司底线,成功签约的可能性会大大降低。甲公司和乙公司签约后,如合同履行顺利,甲公司完成了国家重点项目建设,乙公司获取了相对丰厚的利润,双方皆大欢喜。

第四节　合同相对方决策流程的适当关注

一、决策流程的类别

合同相对方的流程严格地讲属于“内政”范畴,一般而言,双方签订合同相互展现的是合同文件,不包括各自的内部决策文件。就具体合同而言,当事人对自己的决策流程十分清晰,了解相对方的流程难度较大,但对于重大项目合作或合作期限较长的合同,审查人员适当了解相对方流程十分必要。从内部决策流程的完善与否对合同效力的影响可分为:对合同效力产生影响的审批流程和不影响合同效力的决策流程。对合同效力产生影响的流程多见于法律的规定,如国有股权的处分需要取得国资部门的审批,审批通过,合同生效,尚未审批的合同效力待定,未能通过审批的,合同无效。对合同效力不产生影响的流程,包括未对外公布的决策流程和对外公布的决策流程。未对外公布的流程占据大多数,对外公布的内部流程多是某些行业为防范自身风险,设定的行业规范,如金融机构关于对外发放贷款的流程规定。此类流程的违反,并不影响合同的效力,流程本身只是规范内部决策及内部追责的依据。

二、关注相对方决策流程在实务中的重要性

(一)善后条款的安排——对两种截然不同结果的两手准备

考虑到合同是否能通过相关部门审批涉及合同能否生效,而合同是否生效对合同履行及善后处理结果有着巨大差异,审查人员在审查合同时应做两手准备。权力部门的审批已经超越了当事人可以控制的范围,审批的结果分为三类:第一类,审批通过;第二类,审批不能通过;第三类,在一定时间内,一直处于审批状态中而没有结果。对在当事人期待的时间内审批通过的,属理想状态,权利义务按照正常的逻辑安排;对审批不能通过的,当事人应事先在合同中明确不能通过的法律后果,例如审批未通过时,对于这种合同外审批行为的性质认定、负有审批义务的当事人是否发生损失

赔偿的责任、发生损失的承担原则和方式、争议的解决等。理论上，处于进行时的审批最终都会有结果，但在合同中应明确谁负有审批义务、明确上报审批的期间及不能按约定的最后期间拿到批文的处理原则。

（二）突发事件的应对——规避城门失火殃及鱼池的悲剧

理论上，相对方的内部流程是否完善并不影响合同的成立及合同效力，但这并不等于审查人员可完全忽视相对方的决策流程。例如，在与国有企业的合作中，审查人员不应完全拘泥于合同的效力，而应站在其是否会对合同的履行产生质的影响的角度上去看待相对方流程是否完善所带来的影响。企业之所以设计决策流程，除去对决策人员进行事前、事中监管外，决策流程也是企业内部追究责任的依据，而这种追责对当事人的影响也不能小觑。

［案例 11 －7］甲公司承担了某市智能电表的更换业务，由于智能电表的更换涉及诸多住户，大家对于计量装置的更换心态不一，有的能够理解配合，有的则相反。甲公司只能在客户配合的前提下才能更换，否则会引发不必要的纠纷。甲公司鉴于工作量巨大，协调难度较高，于是与乙公司签订了一份《劳务分包合同》。乙公司是一家长期与甲公司合作的单位，对甲公司的工作流程相对比较了解。分包合同约定乙公司承担的工程范围、工期，并约定由乙公司承担对住户的宣传义务及协调义务。合同签订后，乙公司发现单靠自己公司的宣传和协调，无法在规定工期完成更换，于是和业主委员会、社区等合作，通过谈判，按照更换的住户总量，核定了宣传和协调费用上报给甲公司。其中上报的宣传费用支付给社区及业主委员会，协调费用支付给住户。甲公司考虑到总费用并没有突破预算，则未按照公司规定的流程进行费用核算，未经上报审批就自行同意了乙公司的要求，书面认定了乙公司提出的按户数包干的费用总额。乙公司在更换智能电表时，先是自己上门做工作，将能顺利更换的部门剔除，剩余的部分和业主委员会等部门合作。由此，乙公司赚取了部分宣传费和协调费。甲公司属于国有大型企业，在接受检查时，国家指派的审计单位对宣传费用提出质疑，认为该费用的结算没有经过公司规定的决策流程，程序违法。具体表现为费用核算流程不透明，变更合同没有经过审批；经现场走访，有些宣传费用没有发生。故，提出书面处理意见，要求重新核定宣传费用，并要求

限期追回多支付的费用。甲公司无奈之下只有找乙公司协调,乙公司并不认同甲方的理由,双方发生争议,甲公司为减缓行政压力诉至法院。本案例中,甲、乙公司签订的合同已经顺利履行,但由于甲公司的流程不完善,在行政权力的压力下发生诉讼,形成了甲、乙公司的双输结局。试想,如乙公司当时提出增加宣传和协调费用时,应知道自己会赚取工程利润外的额外利润,此时,如其能和甲公司充分沟通,协助甲公司完成决策流程,完全可以实现“双赢”。

第五节 合同主体的变更

一、合同主体变更概述

合同主体变更包括合同债权让与、合同债务承担和合同权利义务的概括移转。债权让与,是指不改变债权关系的内容,债权人通过让与合同债权将其债权转移于第三人享有的现象。[1] 债务承担,是指债的关系不失统一性,债权人或债务人通过第三人订立债务承担合同,将债务全部或部分地转移给第三人承担的现象。[2] 合同权利义务的概括移转,也称合同权利义务的一并转让,是指原当事人一方将其合同权利义务一并转移给第三人,由该第三人概括地承受这些权利义务的法律现象。[3]

二、违反禁止债权让与的效力及对策

(一)违反禁止债权让与的效力

禁止债权转让的约定,意为债权人与债务人在原合同中约定禁止该债权转让。对于在原合同中能否约定“禁止转让”的条款没有争议,《合同法》第79条规定:“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:……(二)按照当事人约定不得转让”,从该条规

[1] 崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第384页。
[2] 崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第478页。
[3] 崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第504页。

定可以看出，当事人在合同中可以做出“禁止转让”的特约，但对于其效力，法律未作明文规定。

几乎所有的学者都认为，违反禁止转让约定的转让合同原则上有效，但第三人为恶意的除外。或表述为“禁止债权让与的约定有效，但不得对抗善意第三人”。[1] 换言之，当事人的这种约定，不能对抗善意的第三人，如果债权人不遵守合同约定，将权利转让给第三人，使第三人在不知实情的情况下接受了转让的权利，该转让行为就有效，第三人成为新的债权人。转让行为造成债务人利益损害的，原债权人应当承担违约责任。[2] “禁止债权让与的约定有效，但不得对抗的善意第三人”区分了法律禁止债权让与和当事人约定禁止债权让与的不同效力强度和效力范围，兼顾和平衡了财产权的流通性、意思自治、交易安全几项价值，区分当事人的不同主观状态而导致效力不同，在中国大陆《合同法》第79条第2项没有修订之前，可以借鉴这种模式。[3] 禁止让与特约涉及两种利益冲突：一是，对合同自由和债务人利益的保护，债务人可能不愿意向第三人履行债务，或者因为受让人可能被兼并或者其他原因，会额外增加债务人履行债务的负担；二是，对财产权的流通性的保护，因为债权属于财产权，允许债权让与，利于财产的流通。当事人违反禁止转让特约，转让债权能否发生债权让与的效力，应当区分受让人是否为善意。[4]

（二）违反禁止债权让与有效的思维局限

不可否认，上述论述兼顾了意思自治和交易安全，但其实质的是侧重交易安全，兼顾意思自治，即侧重对善意第三人的保护，兼顾了当事人“特约禁止债权让与”的意思自治。其立论的出发点是债务人无论向谁履行合同义务都不会造成实质性的损害。但实务中，大量存在债务人不愿意对某类主体负债的情形。以金钱债务为例，债权人可以将未到期或已经到期的债权进行让与。常态下，受让债权的主体在法律上没有特别限制，但如债权人将债权让与类似于讨债公司或黑恶势力，这无疑会增加债务人的心理

[1] 谢鸿飞：《合同法学的新发展》，中国社会科学出版社2014年版，第362页。
[2] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第469页。
[3] 崔建远：《合同法总论》（中卷），中国人民大学出版社2012年版，第436页。
[4] 王利明：《合同法研究》，中国人民大学出版社2015年版，第203－204页。

压力,债务人当然不愿意向该类群体负债。因此,侧重“交易安全”而兼顾“意思自治”存在固有的局限。在当事人明确“特约禁止债权转让”时,即使从客观上看,债务人向谁履行合同义务都不会造成实质性影响,但也应尊重当事人的“意思自治”。

(三)实务中的应对策略

1. 对抗第三人“善意”的策略

在合同中明确“禁止债权转让”的约定,在出具的债务文书上标注“禁止债权转让”的备注,就会置受让人于“恶意”的境地,让其自始无法利用善意受让债权抗辩。善意是一种心理状态,不具备物理性和可视性,善意的核心是“不知情”。第三人受让债权的目的性可以多种多样,或为盈利,或为帮助,但无论其处于何种目的,对于他人而言都无从认知,这也给了第三人利用善意抗辩的机会。在合同条款中约定禁止转让债权、在债务文书上备注禁止债权转让的目的就是预防第三人利用“善意”抗辩。因从一个正常的经营主体的标准判断,第三人受让债权时应审查的内容包括:债权是否真实存在,债权形成原因及债权金额,债务人的基本情况,债务人是否具有清偿能力。上述内容中第三人对债权是否存在和债权金额的审查应是最低要求。因此,在合同中约定“禁止债权转让”且在出具的债务文书上标注“禁止转让”应可推定第三人在审查债时知道或应当知道债权人和债务人关于“禁止债权转让”的约定。那么,在第三人知道或应当知道该禁止转让特约时,依然受让债权,如何能说明其为“善意”?因此,在诉讼或仲裁时,债务人需要举证证明受让人为“恶意”,然如债权证书有禁止让与之记载时,应推定第三人为“恶意”。[1]

2. 禁止债权让与的救济措施设置

在合同条款中约定一定数额的违约金,并明确约定违约金的性质为惩罚性违约金。这样的约定是为了震慑债权人违反禁止转让特约而将债权让与第三人。之所以约定违约金的性质,是避免在诉讼或仲裁中,债权人依照《合同法》第114条和《合同法司法解释(二)》第27~29条的规定请求法院调整违约金。毕竟,在债权人违反约定将债权转让给第三人后,给

[1] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第718页。

债务人不会造成实质性的损失。

三、债权让与的通知主体

(一)适当的债权让与通知主体

1. 让与人作为通知主体没有争议

债权让与通知是指将债权让与的事实告知债务人的行为。通知在性质上是观念通知,不需要债务人承诺,但必须被受领。《合同法》第 80 条第 1 款规定:“债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。”从该规定的语句分析,应该是由债权人(让与人)作为通知主体。

2. 受让人能否作为通知主体的争议

肯定说认为,受让人可以成为通知主体,甚至认为《合同法》第 80 条第 1 款的规定形成了法律漏洞,应通过目的性扩张予以填补,允许受让人也作为让与的通知主体,从而有利于解决实际中的问题。但从保护债务人履行安全的角度考虑,受让人为让与通知主体时,必须举证证明自己已取得债权,例如,债权让与合同、让与公证书,否则,债务人可以拒绝履行。[1] 或认为,《合同法》第 80 条的规定是由让与人负担通知义务,但是该条也没有禁止受让人对债务人作出。在某些情况下,转让人可能无法对债务人作出通知,此时,如果受让人能够提供充足的证据证明债权让与的事实,也应当允许其对债务人作出通知。[2]

否定说认为,《合同法》的规定比较合理。因为尽管让与人和受让人都可以通知,但让与人通知更为合理,因为受让人与债务人可能不熟悉,债务人还要对通知进行审核。反之,让与人与债务人的关系密切,且债权让与是债权人处分权利的行为,由债权人通知不但方便,而且利于保护债务人。若由受让人通知,受让人将证明其受让的债权存在。若让债务人承担审查债权转让真实性的义务,虽然免除了受让人的证明责任,但无疑增加了债务人的负担。[3]

---

〔1〕 崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社 2012 年版,第 458 页。
〔2〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 207 页。
〔3〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 367 页。

3. 仅应由让与人作为通知主体的理由

对于债权让与的通知主体的争论站在不同的立场,不同的价值取向得出的结论有所不同,但结合合同约定、法律规定和我国现实的经济环境,明确让与人为通知主体显得更为妥当,原因如下:

(1)诚信体系缺失的情形下,由让与人作为通知主体不会增加债务人的负担,而受让人如作为通知主体无疑会增加债务人的负担,而增加债务人的负担并没有任何依据,因其并非来源于合同的约定或法律的规定。如允许受让人作为通知主体,债务人势必要对受让人的身份、持有的债权让与合同或债权凭证进行审查,其实质上负担了"真实性"审查义务。因为,若债务人不对受让人持有的合同或凭证的真实性进行审查,就按照让与合同向受让人清偿债务则会发生两种结果:第一,若受让人持有的让与合同或凭证是真实的情形下,债务人的清偿行为得以消灭债务;第二,若受让人持有的让与合同或债权凭证是虚假或伪造的,债务人的清偿行为意味着什么?意味着其还需对债权人清偿债务,至于向虚假的"受让人"清偿只能增加债务人的风险。由此看来,在受让人作为通知主体的情形下,债务人凭空多出了一项审查义务,而且必须对自己的审查行为承担风险。对债务人而言,承担"审查义务"的依据何在?不可否认,其他国家的规定,如《法国民法典》规定了受让人可以作为通知主体,但在目前,我国诚信体系尚未真正有效建立的阶段,无论是法律环境还是经济环境都与其他国家存在较大的区别。

(2)《合同法》第80条规定:"债权人转让权利的,应当通知债务人",明确了"债权人转让权利的,债权人应当通知债务人",之所以在"应当通知债务人"前边省略"债权人"完全是汉语表述和立法语言的要求使然,对此毫无争议。至于认为"该规定并没有禁止受让人通知债务人"的说法则有些牵强,这种"无禁止即可解释为允许"的逻辑显然忽略了法律对"自由"的相对限制,按此逻辑,对法律规定的解释可被无限放大。

(3)以"让与人发生下落不明或已被注销等确实无法做出通知的场合"为由认为"受让人得以自行通知就显得十分必要"[1]的说法也不成立。受

[1] 江必新、何东宁等:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》,中国法制出版社2012年版,第256页。

让人无论出于什么目的,受让债权后就应关注自己取得的权利,既然受让人可以签订债权让与合同或以其他方式受让债权,就意味着不会发生债权人下落不明的状况,也就是说,在受让人受让债权时,债权人不会下落不明。其受让债权后出于对自己权利的关心,就应该督促债权人及时通知债务人。如受让人受让债权后,怠于督促债权人及时通知债务人,这本身就说明了其对自身权利的忽视,既然权利人自己都忽视自己的权利,何必非又要"皇帝不急太监急"?至于公司被注销、吊销,按照法律规定股东应负有清算责任,清算组本身就可以履行通知义务,因此,在如此发达的信息社会,理论上不存在债权人无法通知的情形。

(4)《最高人民法院关于审理涉及金融资产公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》虽然仅适用于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产等有关案件,但从该解释的规定来看,司法实践中对于通知主体的认定也限于债权人,其第6条后段规定:"在审理案件中,债务人以原债权银行转让债权未履行通知义务为由进行抗辩的,人民法院可以将原债权银行传唤到庭调查债权转让事实,并责令原债权银行告知债务人债权转让的事实。"试想,如果法院认为受让人可以作为通知主体,诉讼当然是通知的方式之一。在此情形下,法庭传唤原债权银行到庭告知债务人债权转让的事实是否就显得多此一举?

(二)让与通知主体的确定对权利的实质影响

《合同法》第80条第1款规定:"未经通知,该转让对债务人不发生效力。"该规定中的"效力"不应仅解读为"受让人对于债务人不得主张债权,受让人请求债务人向其为清偿的,债务人有权抗辩"的效力,让与通知对债务人的权利还有着其他的实质性影响。例如,《最高人民法院关于审理涉及金融资产公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2001〕12号)第10条规定:"债务人在债权转让协议、债权转让通知上盖章或者签收债务催收通知的,诉讼时效中断。原债权银行在全国或者省级的报纸上发布的债权转让公告或通知中,有催告内容的,该公告或通知可以作为诉讼时效中断证据。"《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题》(法释〔2008〕11号)第19条

第1款明确规定:“债权转让的,应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。”

从上述两个司法解释可以看出,法律赋予了债权让与的通知中断诉讼时效的作用,而诉讼时效是否中断涉及如何认定是否超过诉讼时效,而诉讼时效是否超过对债务人的实体权利构成了质的影响,在此背景下讨论债权让与通知对债务人的效力可以看出,若认为只有原债权人才是通知主体,受让人的送达行为对债务人不发生效力,则通知不发生中断诉讼时效的效力;若认为受让人可作为通知主体,则受让人的送达行为不发生中断诉讼时效的效力。

四、债权让与的通知方式

(一)公告送达的效力与例外

1. 公告送达的适用范围及效力

我国法律上没有具体规定,所以通知为非要式行为,当事人可自行选择,但要以送达债务人才发生法律效力。在实践中,主要应注意“公告送达”方式的使用。法释〔2001〕12号对债权让与通知的公告送达方式予以认可,但该解释对适用范围进行了严格的限定,《最高人民法院关于金融资产管理公司收购、处置国有银行不良资产有关问题的补充通知》第1条将适用范围扩展到国有商业银行(包括国有控股银行)向金融资产管理公司转让不良贷款,或者金融资产管理公司受让不良贷款后,通过债权转让的方式处置不良资产的情形,因此,可以认为公告送达仅属于适用于特定案件的特别规定,不具有普遍适用性。在不适用上述司法解释的情况下,若仅有一个或者少数债务人且对其进行个别通知并不困难,债权人在明知其详细联系方式的情况下仍然采取公告通知方式,致使债务人无法及时得知债权让与事实的,则根据诚信原则不能认定债权人构成有效通知。[1]

2. 特殊情形下的公告送达和方式

实务中,存在债务人下落不明的情形,此时,债权人应如何做到有效通知需要分类关注,如合同中约定了通知送达地点,债权人可以采取合适的

〔1〕 江必新、何东宁等:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》,中国法制出版社2012年版,第259页。

方式送达；如合同中未约定通知送达地点，可以按照债务人注册地址送达；如合同中既未约定送达地址，注册地也已不存在（如该片区已经拆迁），债权人可采取公告送达。采取公告送达时为了保证送达效果，可以参照适用法释〔2001〕12号的规定，即在全国或省级以上具有较大影响力的报刊登报送达让与通知；视为通知已经送达债务人的时间，可以参考《民事诉讼法》第84条的规定，即从公告之日起，经过60日，视为送达。

（二）妥当的送达方式及策略

审查人员在做合同审查时，应高度重视“通知”的送达，其中包括债权让与的通知、不可抗力发生后的通知、催告通知等各种法律规定或基于诚信原则而应送达的通知，为了减少因通知不能有效送达引发的风险，审查人员可从以下几个方面入手防范：

1. 送达地址及地址变更的约定

在合同条款中约定送达通知的地点、方式，尤其应明确地址变更后，变更方应在约定时间内履行通知义务和承担不通知的法律后果。如在受送达人下落不明时，送达通知的主体可以按照合同约定地址送达，之后如发生纠纷，受送达人以没有接到通知或以变更了地址为由抗辩，否认送达的效力，其抗辩理由不会获得法院或仲裁机构的认可。

2. 送达证据的保全

在送达涉及重要通知，如债权让与通知、催告通知等可能引发权利义务主体变化的通知时，送达应注意保全送达证据，如让受送达人回签，或采用律师见证，或公证的方式送达，或者采取特快专递的方式送达，但特快专递的送达方式有着一定的局限。

3. 通知送达回执与防范重点

（1）通知回执签收的效力。常态下，在受送达人签字的情形下不会出现意外，按照对《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第10条规定的理解，当事人一方直接向对方当事人送交主张权利的法律文书，对方当事人在文书上签字、盖章或虽未签字、盖章但能够以其他方式证明文书到达当事人的，应当认定产生诉讼时效的效力。虽然该解释是关于适用诉讼时效制度的规定，但对于通知送达的方式及其所产生的效力可以参考适用。

(2)防范重点。在实务中,送达人应注意不能在回执上简单标明“通知”、“函件”或“文件”字样,因为此种签署方式在诉讼或仲裁中会给相对方留有一定的想象的空间。尤其在频繁送达通知时,应注意受送达人回签的通知和实际送达的通知的一致性,不给受送达人以李代桃僵的机会,即确保回执上记载的“甲通知”不会被故意解读为“乙通知”。正确的做法是:对于送达的通知制作成一式两份,一份送给受送达人,另一份由受送达人签字确认收到了该通知,受送达人签字的通知作为证据保存;或者在送达回执上明确记载送达通知的全名。

4. 特快专递送达的效力及防范重点

(1)一般情况下,特快专递寄送通知可以取得预期送达效果。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释〔2008〕11号)第10条规定:“具有下列情形之一的,应当认定为民法通则第一百四十条规定的‘当事人一方提出要求’,产生诉讼时效中断的效力:……(二)当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利,信件或者数据电文到达或者应当到达对方当事人的。”2003年6月,《最高人民法院关于债权人在保证期间以特快专递向保证人发出逾期贷款催收通知书但缺乏保证人对邮件签收或拒收的证据能否认定债权人向保证人主张权利的请示的复函》(〔2003〕民二他字第6号)中答复:“债权人通过邮局以特快专递的方式向保证人发出逾期贷款催收通知书,在债权人能够提供特快专递存根及内容的情况下,除非保证人有相反证据推翻债权人所提供的证据,应当认定向保证人主张了权利。”综合法释〔2008〕11号和〔2003〕民二他字第6号可以看出,信函(包括普通信函和特快专递)可以作为送达通知的方式;无论受送达人是否签收或拒签,只要送达通知主体能够提供寄送存根及内容就可以推定已经发生送达的效果,但受送达人如有相反证据推翻送达通知主体的证据除外,也就是说,在送达通知主体提供了寄送存根及送达通知的内容,无论受送达人是否签收,都从法律上推定完成了送达,如果受送达人否认,则需要举出相反证据。

(2)防范重点。对于特快专递的效力应关注其在作为证据使用时客观存在的弱点,即防范物业代为签收特快专递引发的风险。现实中,存在由物业管理人员代收特快专递的情况。管理规范的物业公司,其在代收后会

及时交付给收件人并做登记;管理不规范的公司往往代收后直接转给收件人而不作登记;甚至存在极少数的情况是物业人员缺乏责任心,签收了特快专递,但没有转交或没有及时转交收件人的情况。

纠纷发生后受送达人否认收到了特快专递,送达义务人会提交寄送特快专递寄的存根证明已经送达了通知,但如果在特快专递寄送回执上签字的是物业管理人员而并非收件人,受送达人如否认收到通知?否认的效力如何?对于送达通知主体,其是否需证明物业管理人员已将特快专递转交给了受送达人?法律上是否可再次直接作出推定,认定物业管理人员已经转交?客观上,他人代收显然不等于收件人签收、拒收或不签字(该种情况在实践中非常少见)。查证代收人是否转交的结果无非有四:第一,物业管理人员明确已经转交,但由于没有登记手续,收件人否认物业管理人员的转交行为;第二,因物业管理人员流动性大,无法找到代收人,在收件人否认已经收到特快专递的情形下,无法证明其是否已经转交给收件人;第三,物业管理人员承认由于工作失误没有将特快专递转交给收件人,但物业管理人员不能提交此特快专递;第四,物业管理人员承认由于工作失误没有转交,且能够提供那封没有转交的特快专递。

针对上述第一、二种情况,对受送达人而言,存在两种可能:一是受送达人客观上已经收到了特快专递,只是在签署特快专递的手续上存在瑕疵,给了受送达人以可乘之机;二是受送达人确实没有收到特快专递;针对上述第三、四种情况,证明了受送达人没有收到特快专递,但是否存在物业管理人员和受送达人恶意串通的情形,需要送达通知主体举证证明。

针对上述第一、二种情况,裁判者举证责任的分配显得至关重要,若将举证责任分配给送到通知主体,则需要其证明物业管理人员已经转交,如分配给受送达人,则需进一步证明物业管理人员没有转交的证据。其实,此时裁判者分配举证责任只具有形式上的意义,换句话说是裁判者内心已有倾向性的裁判结果,因双方都难以举证,举证责任分配给谁,谁就会承担举证不能的不利结果。此时分配举证责任是为使裁判结果具有合理、合法性做出铺垫。

针对上述第三、四种情况,区别在于特快专递的客观状态存在差异。第三种情况是特快专递下落不明,第四种情况是特快专递客观存在。针对

第三种情况,裁判者的举证责任分配有一定调整空间,即其可要求送达通知主体证明物业管理人员和受送达人恶意串通,也可以结合特快专递下落不明的事实和物业管理的责任要求物业管理人员提供特快专递的去向,若其不能提供去向,则推定受送达人已经收到。当然,在第三种情形下,将寻找特快专递的举证责任分配给物业管理人员,然后让受送达人承担物业管理人员举证不能的不利后果,在理由上略显牵强。针对第四种情况,裁判者只能将举证责任分配给送达通知主体,如果其不能证明物业管理人员和受送到人是恶意串通,则需承担举证不利的后果,而让送达通知主体提供证据证明"恶意串通"几无可能。

从上述分析可以看出,利用特快专递送达存在一定的风险。因此,对于事关重大的通知,审查人员应采取万无一失的送达方式,以免承担不必要的风险。

第十二章

合同前置条款审查

第一节　合同前置条款概述

一、合同前置条款的内涵及误读

合同前置条款是指合同主体之下，正文之前的引言和鉴于条款。合同前置条款是组成合同首部的内容之一。引言和鉴于条款在实务中被很多审查人员误当成仅是套话或开场白使用，或者是有些审查人员模仿外来合同版本，以“鉴于”的方式罗列一系列“声明”与“保证”之类的“无意义型”条款，以昭示与众不同，试图给当事人留有“专业”的印象。但实质上，既然合同的前置条款与合同正文一样都是合同的构成部分，当然也是当事人交易行为的外在表现形式之一，其记载的内容应与当事人的权利义务有着密切的联系。因此，合同前置条款的设置并非是为满足审查人员的客套与卖弄，合理设置前置条款有着重要的意义，有时其在明晰合同目的、权利义务、责任界面及排除风险上所起的作用并不比合同正文弱，甚至在某些纠纷解决中前置条款会起到决定性作用。

二、审查人员如何看待无意义的前置条款

（一）无意义前置条款概念及常见类型

无意义的合同前置条款是指写在合同引言或鉴于条款中，不具备实质意义或不起任何实质作用的条款。

常见的无意义的表述类型有如下几种：

1. 对适用法律和合同原则的描述

在合同实务中，经常会见到“根据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》及有关法律法规的规定，甲、乙、丙三方，在平等、自愿的基础上，经充分协商，就甲方将其合法持有的一套房屋通过丙方转让给乙方等事宜达成协议如下：”的描述，上述前置条款中的表述基本毫无意义：第一，在前置条款中，不表述“根据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》及有关法律、法规的规定”，难道合同就不适用上述法律规定？第二，《合同法》的原则本来就包括了平等自愿的原则，协商是达成合同的必经过程（格式条款除外），这些都是法律的应有之义。既然《合同法》中作了表述，那“在平等、自愿的基础上，经充分协商”的表述实质是对法律规定的一种重述，没有任何意义。第三，“就甲方合法拥有的一套房屋……”的表述想体现甲方具有签约的主体资格，但如甲方不向乙方或丙方提供有效的产权证件，单单凭着该表述，乙方和丙方会不会签订合同？正常情况下，乙方或丙方在没有审查权属证书时是不会签订合同的；那如甲方提供了合法有效的产权证书，这句话的表述是不是显得多余？

2. 对当事人基本情况的描述

“鉴于：甲公司系成立于××年××月××日，一直存续的有限责任公司，注册资本××万元，实收注册资本××万元”。上述前置条款中关于对主体资格的描述使合同看似十分规范，但从条款的内容和合同签订履行的阶段性任务看，毫无意义。以合同成立为标志，大致可将合同分为三个阶段，每个阶段的任务不同：合同成立前的订立阶段、合同签订阶段以及合同履行阶段。体现到对主体资格的考察和关注的任务分为两个阶段：合同签订前对主体资格的考察和合同签订后进入履行阶段应对当事人的变化予以关注。合同签订的过程是一个动态的过程，是一个期间段，其中包括尽职调查、谈判，确定合同模式、权利义务条款的安排原则及框架，为合同的最后签订进行准备。其中尽职调查，当然包含对当事人资格的调查。合同签订时，合同文本中列明的当事人状况是基于尽职调查的结论，即甲公司的成立时间、认缴注册资本金额、实收注册资本金额、是否存在被吊销、被撤销的情形，应在尽职调查中得出结论。如果主体存在瑕疵影响到当事人

之间的合作,意味着项目或合同谈判的结束,根本不会达到签署合同的阶段,也就是说,在合同签订当时,甲公司的主体资格不应存在瑕疵,或者即使存在一定瑕疵,经当事人评估,也不会影响合作。

当事人签约是一个时间点,是瞬间完成的行为,而非时间段,不需要持续一段时间。签约即双方签字、盖章,此时在合同文本中列明的当事人,并非是签约之时当事人才了解、知悉,也并非是依据当事人一方的承诺或保障确定。签约时,当事人只要辨别签约主体是不是自己调查的当事人即可,如尽职调查或审查的当事人是甲公司,在签约时,当事人只要辨别签字盖章的是不是甲公司即可。合同履行是一个动态的过程,需要一个持续的期间(即时结清的除外)。合同履行过程中,当事人需要关注会不会出现被吊销或被撤销或其他影响主体资格的情形,然后根据具体情况采取措施。合同文本中,对于当事人资格的描述,并不能替代履行中对主体的关注,故,该表述在合同履行中起不到任何作用。

从上述分析可以看出,合同文本中对主体资格的描述,纯属多余。因为,签约时,主体资格的调查已经完结,合同签订就是依据之前的调查结论确定是否能和该当事人签约。签约后,合同文本中的对当事人的结论性描述不能及于合同履行阶段。即合同文本中对当事人资格的状态描述是截至合同签订时主体的存在状态,而该状态是尽职调查应解决的问题。进入履行阶段,主体资格是否会发生变换在合同签订时属于未知,合同中对于当事人状态的描述失去意义。

3. 对合同效力的描述

“甲公司签署本合同并在本合同项下出让资产已经取得权力机构批准或授权,签署本合同是出让方合法有效的行为”。该表述有两层含义:第一,表明甲公司出让资产属于有权处分;第二,表明甲公司签署合同的行为是合法有效的行为。关于甲公司是不是有权处分,事关合同签订的出发点。从甲公司的相对方应了解甲公司是否具有处分权的时间来看,甲公司的相对方在签订合同前,或在合同谈判前,就应通过前期的权利文件审查或尽职调查明确甲公司是否具备处分权,若具备,则当事人继续进行,若不具备,则终止,否则就是浪费时间。从该条款的作用看:如甲公司不具备处分权,合同文本是否进行了表述没有区别,甲公司的过错不会因为没有做

出描述而不存在,也不会因为合同文本有描述,而使甲公司具备处分权;如甲公司有处分权,该描述就是多此一举。

至于"签署本合同是出让方合法有效的行为"的表述更是毫无意义。"合法"是合同应有之义,常态下,"有效"是当事人追求的一种状态,但合同是否合法、有效并非系当事人自行认定即可,如当事人签订的合同因违反强行法的规定无效,即使合同中作出"本合同合法有效"的表述也无济于事,否则《合同法》及其他法律的规定就失去了意义。

4. 其他无意义条款的描述

类似的无意义的常态表述类型在实务中还有很多,如对标的物理属性、权利属性的表述,如"×方确保其提供的所有设备不存在缺陷并且符合×方的所有运营要求"的表述等。试问,是不是不在鉴于条款中进行类似表述,供货方就可以提供有缺陷的产品?是不是供货方就可以提供不能满足需方的产品?诸如此类的例子举不胜举。

第二节　前置条款设置的思维与原则

一、审查人员设置前置条款的思维

审查人员省略前置条款,或"照猫画虎"式的简单模仿而让前置条款可有可无,或做无意义描述的实质是因为对前置条款的地位和作用未形成正确认识所致。《合同法》未对前置条款作出专门性规定,但从实务中看,前置条款的地位系合同的有机组成部分,与其他条款、附件的效力并不分伯仲。审查人员观察前置条款的作用大致可从以下几个方面入手:一是表述习惯的需要;二是"合同目的"的描述;三是合同签订时"情事"的交代;四是合同签订或终止的"先决条件"设置;五是"责任界面"划分;六是界定合同语言的内涵和外延。前置条款发挥作用的途径大致有三:第一,前置条款自身具有独立发挥作用的意义,比如,对合同语言内涵和外延的界定、合同目的的界定;第二,前置条款与合同中其他条款相结合而发生作用,比如,前置条款中对标的物权利或物理瑕疵的描述与违约责任条款;第三,前

置条款与履行行为遥相呼应发挥作用,比如,前置条款中对先决条件的描述与因履约阶段出现变化,或一方当事人违约而使另一方当事人享有的解除权。

二、前置条款设置的原则与策略

(一)简约及例外——侧重满足表述习惯时的设置原则与策略

任何语言的表述都需要引言,否则会显得十分突兀。既然是习惯,如果缺失了该部分,合同的结构看起来将变得不完整。因此,审查人员在审查前置条款时,除需赋予前置条款以特定意义外,可把握一个原则:“少说废话。”在拟签订的合同中如表述需要一定的废话,就像电话接通后“喂”或“你好”之类的引言时,应尽量缩减到最小程度。对于无意义的表述应尽量删减,无须拘泥于合同的整体结构,无须拘泥所谓的规范。

但需引起注意的是,在实务中也存在“简约”的例外,即故意保留“废话”式前置条款来达到“瞒天过海、夹带私货”的目的。合同是当事人之间妥协的结果,合同的模式设置、权利、义务条款的安排,排版的规范度、语言的使用是否严谨等都属于“黑猫、白猫”范畴,其目的都是为当事人实现合同目的服务。情况不同,权利义务等条款的安排不同,可以对其进行集中表述,避免疏漏,也可以分散表述,转移目标。合同审查时,前置条款常被当成俗话、套话,容易被忽视。因此,前置条款也成为“夹带私货”的不错选择。

(二)明确——侧重于风险排除的设置原则与策略

1. 清晰责任界面,排除风险

合同前置条款担负着明确责任界面的功能,责任界面的界定包括两方面内容:第一,清晰合同自身中的权利义务界面,尤其在交易标的在物理属性和权属状况存有瑕疵时,以适当方式予以披露是为了预防在纠纷发生时授予相对方以攻击的借口,其实质是责任的预先界定。例如,甲公司向乙公司出售一套房产,在签订的《房屋买卖合同》的前置条款中,明确披露了屋顶漏水的“现状”,并描述交易价格与现状的关系。试想,如甲公司与乙公司在签订《房屋买卖合同》时不对标的的瑕疵予以事先披露,在交易完成后,买受方可以标的存在瑕疵而主张出卖方承担相应的责任。第二,清晰

界定因合同签订及履行可能引发的其他责任的界面。前置条款可对合同签订的背景进行适当交代,目的是排除给当事人带来的其他不必要的风险。市场经济是竞争经济,经济主体能够在竞争中生存发展,各自具有不同的优势。优势互补是企业良性发展的最佳选择之一,但由于市场的不规范、优势的内涵被泛化解读,管理能力、生产能力、施工能力强被解读为优势,寄生在权贵、权力上的主体拥有的所谓人脉资源也可被解读为优势。事实上,有时这些所谓的优势确实能量非凡。于是,掌握支配权的权力人,会想方设法把非法的资源性权力潜在收益通过各式各样的方式转化为现实收益。这种收益,从本质上具有非法性,但权力人及代理人会用各种看似合理的方式进行掩盖,以掩人耳目,企图把非法收益合法化。掩盖的形式之一就是自己或通过代理人采取所谓的合作方式获益,而合同成为不二的选择。

实务中的合作有三种情形:第一,基于真正的优势互补形成的真实的合作;第二,以合作为表现形式的非法交易;第三,两者兼而有之。国家监管,大多体现为事后监管,监管的过程就是从形成的结论推导当事人及经营层的真实意图,类似于法院审理合同纠纷,从形成的证据推导当事人的目的。区别在于,法院推导合同目的是保证处理结果符合公平正义的原则;监管部门推导的目的,是区分相关人员是否涉嫌违法犯罪。审判和监管都具备一个共同点,即在推导过程中重形成的证据,轻当事人的辩解。这种推导方式的成因是基于无论是法官还是监管人员,都是事后介入,不可能清楚当事人在签订、履行合同时的真实意思,一定意义上,他们对当事人的自身表述处于不信任的状态。否则,案件将无法审理,监管无法进行。审查人员在审查类似的合作项目合同时,为避免第三方事后的推导偏离当事人的真实意思,而使当事人承担不利后果,应在合同前置条款,适当地描述合同签订的背景,界定风险的承担主体。

[案例12-1]甲公司系一家国有大型施工企业,乙公司系一家大型民营施工企业,丙公司系一家国有大型企业在某市有一大型施工项目。甲、乙公司都想取得该项目,甲公司的优势是施工、管理能力强;乙公司的优势是和丙公司具有良好的关系。于是乙公司提出合作,合作的方式是甲公司向乙公司相关人员出具委托书,乙公司的受托人员以甲公司名义与丙公司

接触,协助甲公司中标。中标后,甲公司将部分工程分包给乙公司,双方通过项目范围的划分,各自赚取相应的利润。审查人员在审查合作模式时,提出以下几点意见:第一,不清楚乙公司与丙公司是否存在非法交易,但考虑到丙公司为国有企业,随时面临着审计检查,若在本次合作中丙公司经营层或受托人员出现问题,甲公司势必受到影响,甲公司出具了委托书,签订了合同,届时难以区分受托人的行为是个人行为,还是甲公司的公司行为,且从形成的证据看,更倾向于认定为甲公司的公司行为,一旦认定为甲公司的公司行为,对公司及公司经营层都会造成难以估量的损失,但这并非是甲、乙公司合作的初衷;第二,乙公司并未入围甲公司的合格供应商库,甲公司中标项目后,如果需要分包,首先应在合格供应商库中挑选分包商,然后通过招标或比选的方式确定分包商。即使按照公司程序,把乙公司增录为合格供应方,按照公司规定,也不能直接签署分包合同。但如果采取招标或比选的方式,乙公司却很难中标或中选,因为,甲公司和乙公司的真实目的是项目合作,分包的实质是通过项目范围划分来完成利益分配,并非是严格意义上的分包。既然是利益分配的模式,那么,乙公司承建的工程范围所取得的利润肯定比纯粹的分包要高,乙公司无法与其他分包商在价格上竞争,这样就会形成两难。甲公司中标后若直接确定乙公司为分包商,签订分包合同违反公司规定,但如果让乙公司参与竞标,其中标的希望渺茫,如乙公司不能中标,又不能体现双方的真实合作意图。

根据这种现状,审查人员提出在甲公司中标前,双方签署《项目合作合同》,就合作内容、方式等进行了约定。在设置前置条款时,审查人员就合同签订背景进行了描述:“鉴于甲公司具有极强的项目管理和施工能力,乙公司具有较强的社会资源,和丙公司关系良好……”《项目合作合同》签订后,甲公司如愿拿到了项目,根据合同,甲公司将约定分包范围内的工程交给乙公司实施。后来,丙公司经营层因受贿被追究刑事责任,甲公司也接受国家审计。合同中的背景描述条款起到了关键作用:首先,项目背景描述明确了在丙公司发包过程中,是由乙公司负责的营销策划;其次,前置条款的描述结合合同中的另外一个条款,即双方约定:“甲公司不承担任何营销费用”的条款,清晰界定了丙公司相关人员收取的贿赂是乙公司提供的和甲公司无关。

2. 清晰合同签订的先决条件或签约的基础背景

合同各方当事人签订合同往往有着特定的缘由,前置条款担负着记载合同签订的来龙去脉的功能。其中主要包括两类:第一类是,前置条款中明确合同成立或生效的先决条件。

[**案例12-2**]甲公司拟借款1000万元给乙公司,但甲公司为保证资金安全,要求乙公司提供担保,且只有在担保合同生效后,借款合同才能生效。丙公司愿意用自己的物业为乙公司偿还借款本息承担担保责任。于是签订《抵押合同》。《借款合同》中的前置条款将事情的来龙去脉,及互为条件的背景介绍清楚,以避免引发不必要的争执。如在《借款合同》中约定"丙公司与甲公司于×年×月×日签订了《抵押合同》,约定丙公司将自有的××物业设定抵押,作为乙公司向甲公司偿还本合同项下借款的担保,此为本借款合同签订生效的先决条件,在条件满足的前提下,甲公司同意向乙公司出借资金1000万元。"《借款合同》中的前置条款的功能在于其明确界定了《抵押合同》合法有效且抵押权设立是《借款合同》生效的前提条件,如《抵押合同》效力出现瑕疵,甲公司则有权不履行《借款合同》。

第二类是,当事人达成交易往往是基于特定的背景,但在履约阶段,常会发生变化,由此会导致合同的履行偏离当事人的预定目标,此时可赋予前置条款以明确或隐藏合同变更或终止条件的作用。

[**案例12-3**]在历时两年之久的三联商社诉三联集团商标纠纷案中,鉴于条款的约定起到了至关重要的作用。2003年,三联集团与郑百文战略重组时,双方签订《商标许可使用合同》,三联集团授权郑百文使用"三联"商标,但鉴于条款中约定,"许可人是被许可人的第一大股东,积极支持被许可人的发展"。郑百文重组成功后更名为三联商社股份有限公司。2008年,在国美控股的山东龙脊建设有限公司成为三联商社的第一大股东后,三联集团以"许可人是被许可人的第一大股东"是商标许可合同履行的前提条件为理由要求收回商标,而国美方面认为,商标使用权是当初重组的必要条件之一,如果没有商标,可能就不会重组。2009年,三联商社因三联集团将"三联"商标转让他人而将三联集团诉诸法院,请求判令被告三联集团立即停止将"三联"商标转让给任何第三方的行为,判令三联集团将"三

联"商标无偿转让给三联商社。2011 年 6 月 23 日，济南中院一审判决认为，《商标许可使用合同》开头"鉴于"条款一明确界定了该合同的商标使用权，第二款明确了合同订立的背景和目的，即三联集团是郑百文的第一大股东。当三联集团失去三联商社第一大股东地位后，该案商标使用许可合同中的"鉴于"条款二的前提和基础已不存在，合同目的无法实现，因此被告三联集团将涉案商标转让给第三人并无不当。2012 年 1 月 18 日，山东高院驳回三联商社的上诉，维持原判。本案中，《商标许可使用合同》中的前置条款实质上明确了合同的终止条件。反观国美，也许商标使用权确实是其当初重组的必要条件之一，但既然是必要条件之一，那就应该关注权利的来源，以及来源的基础条件和终止条件，如在交易时忽略，无疑会在交易完成后会丧失主动权。

3. 明确合同目的，利于合同解释与争议解决

合同目的关系到当事人签订及履行合同的必要性。履约阶段发生的变化使合同出现争议在所难免，而难以杜绝出现歧义的合同语言，以及合同约定的不完全性与不周延性，致使在争议解决时需探究当事人缔结合同时的真实意图。前置条款中明确合同目的利于进行目的解释。目的解释，是指解释合同时，如果合同所使用的文字或者某个条款可以做两种或以上解释时，解释合同应符合当事人的合同目的。若当事人意思表示的内容前后矛盾或含混不清，应选取符合合同目的的解释。试想，若没有在合同的前置条款中明确合同目的，解释时首先要探究合同目的，然后，在清晰的合同目的基础上，再去解释合同语言或条款。若在前置条款中明确了合同目的，则可直接依据合同目的解释。从上述过程可以看出，在需对合同约定予以解释的情形，前置条款中因明确约定了合同目的而减少了一个"探究合同目的"的环节。毋庸置疑，合同目的系主观范畴，而探究合同目的无法脱离探究者本身的主观判断，如在诉讼发生后，裁判者需通过自己的主观判断来推导当事人的合同目的。既然如此，基于探究者的主观判断推导出的合同目的难免会偏离当事人的真实目的，而以"偏离当事人真实目的"的合同目的为依据来解释合同语言或条款时，得出的结论也可想而知。而在前置条款中明确合同目的显然会有效减少上述风险。

既然合同目的涉及当事人签约及履行合同的必要性，那若在履约阶段

出现阻碍当事人实现合同目的障碍时,往往意味着“必要性”的丧失,意味着合同的解除。根据《合同法》第94条第4款的规定,当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的,当事人可以解除合同。但在实务中,对于是否影响“合同目的实现”往往成为诉争双方的焦点之一,如在前置条款中明确合同目的,则迟延履行是否会影响合同目的的实现将变得一目了然,有利于减少纷争,保护守约方当事人的合同解除权。

4.承上启下,锁定目标

如签订的合同是基于之前签订的合同,目的是对之前的合同进行修正、解除或终止等。前置条款设置的作用是为了做“指向性”描述,锁定被修正或终止、解除的合同,尤其在合同签订之前已形成了多份合同或文件时,前置条款是为锁定具体对象,避免出现合同指向性模糊,而引起不必要的争议使所签订的合同达不到既定目的。

第十三章

合同权利义务体系的构建与审查

第一节　传统义务群构建的意义及在实务中的局限

一、传统义务群体系概述

(一)传统法学的义务群构建体系及分类

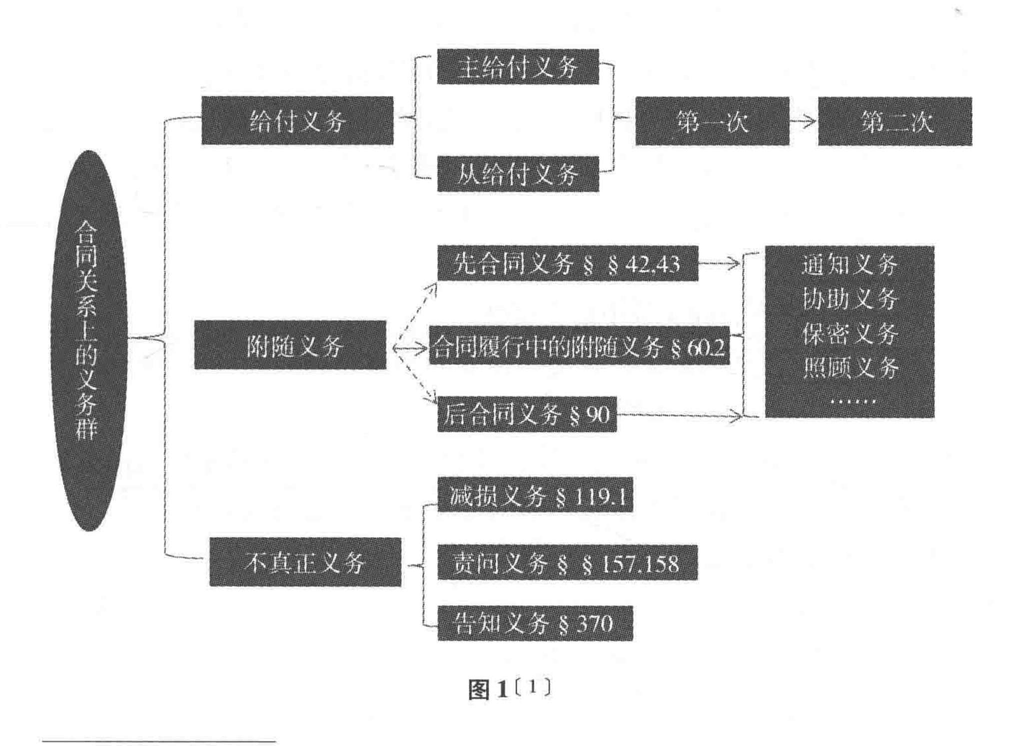


图 1〔1〕

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 254 页。

1. 义务群的扩张与合同法的发展

《合同法》以主给付义务为规律对象,同时运用诚实信用原则,由近而远,渐次发生从给付义务以及辅助实现给付利益及维护他方当事人人身及财产上利益为目的的附随义务,组成义务体系。[1] 上述义务群,是合同法乃至债法的核心问题。处理合同问题,首先要考虑的是债务人负何种义务,可否请求履行,违反义务时的法律效果如何。现代合同法的发展,在一定意义上可以说是合同关系上义务群的发展。[2]

尽管合同义务的扩张是现代合同法发展的不争之实,但学界对其扩张的表现,所持观点不一,差异主要在于对"合同义务"的界定。首先,对"合同义务"狭义的界定,认为合同法以主给付义务为规范对象,依据诚信原则,由近而远,逐渐发生从给付义务与附随义务。其次,对"合同义务"广义的界定,则纳入先合同义务,合同履行中的附随义务与后合同义务。《合同法》实现了现代化,《合同法》第42条规定了前合同义务;第60条规定了附随义务;第92条规定了后合同义务。合同义务向前扩张,体现为合同没有成立就有义务,即前合同义务;合同义务向后扩张,体现为合同关系已经消灭还有义务,即后合同义务;在合同关系存在期间,存在当事人没有约定的义务,即附随义务。[3] 在合同阶段,合同义务范围的扩张,即从合同成立至合同履行完毕阶段扩张到依法成立前至合同履行完毕后,当事人违反合同义务,现代合同法上的责任也至少已表现为违约责任、缔约过失责任与后合同责任三种形态。[4]

2. 合同义务在合同实务中的重要性

(1)合同义务的确定直接决定了债务人的履行内容,合同义务一旦确定,债务人必须全面、适当履行。

(2)合同义务的确定,有利于维护债权人的利益实现和债权人的订约目的的实现。因为,合同义务从根本上说是为了满足债权人的债权,而由债务人负担的,且必须履行的义务。[5]

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第254页。

〔2〕 崔建远:《合同法总论》,中国人民大学出版社2011年版。

〔3〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第249页。

〔4〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第249页。

〔5〕 王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2015年版,第338页。

3. 合同义务的特征

(1)从内容上看,合同义务表现为义务人应当依据法律的规定或合同的约定,为一定行为或不为一定行为。合同义务体现为一种作为和不作为的拘束。

(2)从来源上看,合同义务的来源日益多元化,合同义务的内容和类型在不断扩张。

(3)从目的上看,合同义务的履行是为了满足权利人的利益,而不是直接实现义务人自身的利益。义务通常以满足权利人的需求为目的,而不是为满足义务人自身的目的。[1]

(二)合同义务的分类及内涵

1. 主给付义务

合同义务群中的义务分类包括:给付义务、附随义务和不真正义务。合同法上的合同关系是建立在主给付义务上的。主给付义务,是指合同关系所固有、必备、并且用以决定合同关系类型的基本义务,又称合同关系的要素。比如,买卖合同中出卖人转移标的物所有权的义务和买受方支付价款的义务(《合同法》第130条)。就双务合同而言,此类主给付义务构成对待给付关系。

2. 从给付义务

从给付义务,本身不具有独立的意义,仅具有辅助主给付义务的功能。其存在的目的,不在于决定合同关系的类型,而是在于确保债权人的利益能够获得最大限度的满足。比如,在买卖合同场合,出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受方交付提取标的物单证以外的有关单证合同资料(《合同法》第136条)。[2]

3. 附随义务

附随义务的内容由于当事人通常不做约定,而是更多地依据合同目的和类型,以及双方的具体情况进行确定,因而对其进行明确定义一直是理论界的难题。随附义务是基于民法诚实信用原则在债法领域的内在延伸和发展。其产生并不旨在对债权人给付利益的保障,而是着眼于当事人既

---

〔1〕 王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2015年版,第338-389页。

〔2〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第243-245页。

存利益或完整利益的维护。[1]

附随义务并非基于当事人的约定而产生,在实务中有所反应。附随义务的来源,在我国现行法上,其不仅基于诚实信用原则而发生,而且有些是根据法律的直接规定而产生的。[2] 同时,附随义务既然着眼于当事人的既存利益和完整性利益的保护。因此,附随义务的另外一个来源是关于对当事人人身权和财产权保护的法律规定,只是在合同领域,当事人的财产权和人身权已变形潜入而静默的存在。

4. 不真正义务

不真正义务也称间接义务。其主要特征在于权利人通常不得请求履行,违反它也不发生损害赔偿责任,仅使负担该义务的一方遭受权利减损或丧失的不利益。[3] 例如《合同法》第 114 条、第 119 条规定的减轻损害的义务。

二、义务群构建在合同审查中的意义

(一)义务群的构建是合同全面履行的前提

《合同法》第 2 条第 1 款规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”从《合同法》对于合同概念的描述可以看出,合同 = 权利义务。在社会实践中,基于鼓励交易原则,合同的成立只要求当事人就合同的最低限度的基本内容达成一致即可,合同的生效,也只要求合同的内容确定、合法、具有社会妥当性。[4]

实务中,成立合同的目的大致可以分为两类:第一,合同签订本身就是当事人追求的终极目的,即当事人签订合同并非是为履行,而是通过合同的签订达到合同之外的,与合同约定内容无关的其他目的;第二,以履行为目的签订合同,即当事人为实现合同目的签订合同,然后通过履行实现终极目的。前者如实务中常见的《战略合作合同》,或上市公司仅为了维护市值签订的《资产并购意向协议》。当事人签订该类合同的目的往往是宣传

---

〔1〕 刘毅强:《附随义务侵害与合同解除问题研究》,载《东方法学》2013 年第 3 期。

〔2〕 崔建远:《合同法总论》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 240 页。

〔3〕 王泽鉴:《民法债编总论　基本理论　债之发生》(总第 1 册),台北三民书局 1993 年版,第 34 - 35 页。

〔4〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 241 - 242 页。

需要或者向外界传递某种信息，该类合同的签订本身已达到了当事人的目的，从某种意义上看，该类合同的签订与广告宣传无异；后者是合同实务中的主流，即签订合同的目的是履行。如此，既然已经成立和生效的合同是为履行，那首先需确定其内容，然后才能谈得上全面履行；在履约中如出现障碍形态，当事人按照合同约定的救济措施予以救济。因此，确定的合同内容是合同履行和判断当事人“义务违反”和“不履行”的基本前提。

（二）义务群的构建是审查人员的基本技能

从现代合同法的发展趋势来看，为适应鼓励交易、增进社会财富的需要，各国合同法大都减少了在合同成立方面不必要的限制，并广泛运用合同解释的方法，尽可能促使合同成立。我国《合同法》对合同成立采取了非常灵活的规定。[1]《合同法》第 12 条规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点的方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。”《合同法司法解释（二）》第 1 条规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般认定合同成立，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款规定以外的其他内容，当事人达不成协议的，人民法院依照合同法第六十一条、第六十二条、第一百二十五条等有关规定确定。”《合同法》第 12 条表述的“一般包括”表明了该条规定属于提示性条款，而非必备条款；《合同法司法解释（二）》第 1 条的规定主要是适用买卖合同，而并非适用所有类型合同。一般认为，判断合同是否成立，应当确定是否具备如下三项内容：第一，确定当事人；第二，要确定合同的标的；第三，要确定合同标的的数量。[2]

从上述法律条款来看，法律上看待合同是否成立采用的是最低限原则。但于合同发生纠纷的情形，“最低限”意味着当事人将确定具体权利义务的权利变相的交给了法院或仲裁机构，本应由当事人完成的意思表示被法院或仲裁机构的认定所替代。实务中，经审查人员审定的合同很少会出现这种情况。但事无绝对，站在不同的立场，并非都苛求审查人员审定的

---

〔1〕 王利明：《合同法研究》（第 1 卷），中国人民大学出版社 2015 年版，第 219 页。
〔2〕 王利明：《合同法研究》（第 1 卷），中国人民大学出版社 2015 年版，第 220 页。

合同必须条款严密,尤其是相对方的义务会在合同签订生效后先一次性履行完毕的合同,审查人员站在委托方的立场不一定要对相对方疏漏的条款予以补齐。例如,甲公司与乙公司签订《借款合同》,合同约定甲公司借款若干款项给乙公司。如甲公司提供的合同中疏漏了利息、违约责任、争议解决等条款,作为乙公司的审查人员也并非需对上述条款补齐。

三、《合同法》的规定与合同义务群

(一)合同法规定与合同约定义务的效力及转化

1. 合同约定义务的优先效力

法律规范按照强制性程度的不同可以分为强制性规范和任意性规范。强制性规范的规定明确且必须履行,不允许以任何方式加以变更或违反。任意性规范是指允许法律关系的参加者自行确定权利和义务的规范。《合同法》中的规范多属于任意性规范,或称示范性规范。其是为当事人签订、履行合同提供一个示范,指导当事人的合同行为。但在具体合同中,如果当事人约定的内容与法律规定不同,甚至相冲突,只要该约定不违反《合同法》的强制性条款,法律并不禁止,且会优先适用当事人的约定,即所谓“有约定从约定,无约定按法律规定”。在合同未就相关条款约定时,任意性规定可能会成为合同的内容。

2. 任意性规定成为合同的内容的途径

(1)在当事人没有特别约定的情况下,法律的某些任意性规定可以成为合同条款,如《合同法》第133条规定:“标的物的所有权自标的物交付时起转移,但法律另有规定或当事人另有约定的除外。”这就意味着如果当事人没有就标的物所有权的转移达成特别的约定,就应当适用“标的物的所有权自标的物交付时起转移”的规定,而该项规则也自动成为合同的内容。

(2)法律填补合同漏洞的规则,即使是任意性的规定也可以成为合同的内容。例如,《合同法》第62条规定了在当事人约定的合同中存在质量要求不明确、价款或者报酬不明确、履行地点不明确、履行期限不明确、履行方式不明确、履行费用负担不明确等情况下,可以适用法律来填补合同

漏洞的规则。[1]

(二)《合同法》规制的权利义务体系层级及实务应用

1. 合同法规制的权利义务体系层级

《合同法》采用了复合标准规制当事人的权利义务体系，其区分了三个层级：第一层，规定了合同行为的基本原则，如诚信原则、合同正义原则、鼓励交易原则、合同自由原则；第二层，通过高度抽象，将各类合同通用的条款放置在《合同法》总则；第三层，合同分则，针对有名合同的共性制定了特定的规则。虽然《合同法》示范的权利义务体系采用了复合标准，但对于具体合同，该体系并非总能满足当事人的要求。因此，在合同实务中，审查人员应根据当事人的合同目的确定适当的合同模式，并在此基础上，构建合同权利义务体系。

2. 审查人员构建权利义务体系的原则与策略

审查人员构建权利义务体系时把握的原则是：《合同法》的任意性规定与当事人的利益相悖或不同时，通过约定排除或变更《合同法》的规定；《合同法》的规定符合当事人的利益时，直接引用或默许《合同法》的规定成为合同内容；《合同法》的规定存在漏洞或规定模糊时，审查人员在合同中予以补充或明确。

审查人员在构建权利义务体系时应注意《合同法》三个层级中的规定都允许合同约定排除或变更。如第一层级中的诚信原则，当事人可通过提高门槛，或瘦身对诚信原则进行适当变更；如鼓励交易原则的强制性很弱，当事人可以约定合同变更条件、合同解除条件、附停止条件等，原则上都应当有效。[2] 第二层级和第三层级中存在大量任意性规定条款，合同约定的条款都可以与上述规定不同，或排除适用，如合同约定可排除不可抗力的规定。

四、传统义务群构建在合同审查时的局限性

(一)思维局限的成因

隐含的假设前提存在失当可能。合同实务中，以义务群为中心构建的合同体系存在局限性，而这种局限源于因“假设”造成的局限。一般情况

---

[1] 王利明：《合同法研究》(第1卷)，中国人民大学出版社2015年版，第392页。

[2] 崔建远：《合同法总论》(上卷)，中国人民大学出版社2011年版，第30页。

下,合同在性质上属于双务合同,合同义务通常具有相对性,即当事人互为权利人和义务人,A 的义务往往是 B 的权利,而 A 的权利常是 B 的义务,而且由于双务合同通常都反映了民法的等价有偿原则,所以双方所负的合同义务往往具有对应性。[1] 以义务群为中心构建的合同体系,隐含了一个前提假设,即合同权利与义务相互对应,一方的义务即对方的权利,而这种假设在实务中具有一定的局限性。因为,一方的义务 = 或 ≈ 相对方权利并不意味着一方当事人的义务 = 或 ≈ 相对方重点关注的权利,或称核心权利。换一个角度,依据《合同法》从具体的合同类型中推导出的当事人的权利与其重点关注的权利,或核心权利并不能总是画等号。这种情形下,合同权利义务的构建如果拘泥于义务 = 或 ≈ 权利的假设,会导致合同体系整体设计出现偏差。一旦出现意外因素,或被机会主义者利用,失之毫厘谬以千里的结果出现将变得不再意外。

[案例 13 - 1] 甲公司与乙公司股东签订了《股权转让合同》,约定甲公司购买乙公司股东的股权。根据义务群的传统分类推导出的甲公司的主给付义务是支付股权转让价款,对应的权利是取得乙公司股权;乙公司股东的主给付义务是交割股权,从给付义务是交付乙公司资产及公章、文件等。但在实务中,通过受让公司股权的目的存在多种可能,此时,如甲公司的核心权利是取得乙公司名下的土地,义务对应权利假设的局限在合同不能全面履行时造成的差异是显而易见的,即依据《股权转让合同》推导出甲公司支付转让价款与乙公司股东交割股权相对应,在合同得以全面履行的情形这种假设不存在问题。但是,如在履约中出现障碍造成土地价值减损,推导出甲公司取得股权的权利不会受到实质影响,只是因为土地价值减损,股权转让价款会相应降低。但从甲公司关注的核心权利来看,土地价值的减损直接关切到其签约的必要性。反之,如果甲公司基于权利义务对等的假设构建《股权转让合同》体系,其重点势必围绕着股权交割。但如甲公司认识到这种假设存在的局限,其重点不但会围绕着股权交割,还会重点设置关于土地价值和土地交付的条款。当然,在纠纷发生场合,裁判者在意识上完全可以认定该《股权转让合同》的实质是土地使用权转让。

---

[1] 王利明:《合同法研究》(第 1 卷),中国人民大学出版社 2015 年版,第 389 页。

但股权转让的法律主体是甲公司和乙公司股东,而土地使用权转让的法律主体是甲公司与乙公司。面对截然不同的法律关系和法律主体,即使裁判者意识到该合同的实质是土地使用权转让合同又能如何?

(二)思维方式的局限

为什么要履行义务?因为我需要获得对等的权利;如转换一下表述方式则变成:我要获得权利,有什么障碍须消除,我应该尽什么义务?看似简单的一种表述方式的转变,其实背后隐藏的是思维方式的差异。前者的思维方式属于被动性思维,而后者则属于主动性思维方式。

义务通常以满足权利人的需求为目的,而不是为满足义务人自身目的的特征体现了构建或审查思维的被动性。被动性思维的逻辑是:通过自己履行合同义务—获取相对应的权利—实现合同目的。在实务中,以被动性思维为主线构建的合同体系不利于实现当事人的目的及完整利益的实现。签订和履行合同作为一种经济行为,承载了当事人拟实现的经济利益目的和人格利益目的,而合同目的的实现大多数是直接依托于核心权利的取得,而非直接依托于己方义务的履行。换言之,虽然当事人履行合同义务是实现权利的手段和前提,但由于义务和权利并非总是完全相对应,因此,通过履行义务而获取的相对应的权利并非总是自己关注的核心权利,并非总是能实现自己的合同目的。思维的被动使当事人的合同目的实现具有了间接性,即在满足相对方后,或在相互满足后,才能实现自己的合同目的。

[**案例13－2**]某演员和制片方签订《演出合同》,由于演员的知名度不高,而制片方的导演的名气较大。演员为了提高自己的知名度,在签订《演出合同》时注重的是人格利益而非经济利益,即《演出合同》约定的片酬仅具象征性。如此时演员采用的是被动性思维,其期待的人格利益实现只能寄托于制片方的安排而失去主动性,主动性的丧失意味着合同目的实现具有了不确定性。也就是说,演员的签约目的是通过付出劳务获取知名度。但实际情况是,根据《演出合同》的约定,推导出演员付出劳务获取的对价应是片酬,实现的是合同约定的经济利益而非人格利益,客观效果差距甚远。但如果演员在签订《演出合同》时,从合同目的出发,明晰自己的核心权利采用主动性思维,其关注的重点应该是影片能否上市、自己是否参与宣传、如何参与宣传等权利,而不是片酬,那最终效果将大为不同。

第二节　合同实务中权利体系的合理分类及内涵

一、传统体系下权利的分类与局限

我国实证法关于债权的分类包括:合同之债、缔约过失之债、不当得利之债、无因管理之债、侵权行为之债。学术上的分类包括:依据权利效力所及范围,权利分为绝对权与相对权;以实现方式为标准,权利可作支配权、请求权、抗辩权与形成权之分;以属于原生抑或派生为标准,权利可被划分为原权与救济权;以是否具备全部要件为标准,权利可划分为完整权与期待权;根据权利的相互依赖关系,有主权利与从权利之分。[1]

上述权利的分类的目的主要是明晰债权的识别特征,包括界定债权与其他权利区别的外部特征和债权本身的内部特征识别,前者如区分债权与物权的特征,后者如在合同中区分具体的权利属性是请求权还是抗辩权,抑或形成权。考虑到不同类别的权利均有独有的特质,不同的保护措施、不同的行使方式对应不同的法律后果。因此,对权利进行合理的分类的重要性不言而喻。但对于具体合同,上述分类在适用上的精确度显然不够,上述分类多是集中针对类型分类,是区别此权利与彼权利的差异,而于具体合同,当事人在合同中的权利多为一组或多组,其中各项权利所占据的地位不同,有的关系到当事人的合同目的能否实现,有的仅关系到当事人完整权利的实现,而不影响当事人合同目的的实现。"权利"因在合同中的地位不同,在达成交易和履约中当事人的处置态度与方式亦不同。因此,在合同实务中,能够简单识别权利类型远远不够。

二、实务中可采用的对权利分类的方式

既然权利的取得是合同的起点和终点,则审查人员在审查合同时必须对当事人拟取得的权利进行合理的分类。实务中根据合同权利的特征可

[1] 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2013 年版,第 497 - 507 页。

将合同权利分为核心权利和非核心权利。核心权利包括当事人固有权利和拟实现权利；非核心权利包括筹码性权利，或称可让渡性权利、制约性权利，或称重要权利。

三、核心权利

（一）核心权利的内涵

权利是一个人相对于他人的，以之可以追求和实现特定利益的决定权能，把着眼于利益保护和利益实现的目的纳入权利定义，使人们可以从保护目的出发来准确地确定权利的内容和范围。[1] 既然权利的内容含有利益保护和利益实现，核心权利也不应例外。合同领域的核心权利，是指当事人固有权利不因合同的签订或履行而被侵犯，或那些能否按合同约定时间、方式、质量取得，直接关系到其能否实现合同目的的权利类型。核心权利可以是具体的，也可以是抽象的，前者如金钱或物等经济利益，后者如人格利益。

例如，买卖合同中出卖方获取价款的权利和买受方获取标的物所有权的权利（《合同法》第 130 条）；供用电合同中供电人收取电费的权利和用电人接受供电的权利（《合同法》第 176 条）；借款合同中借款人获得借款的权利，贷款人于合同到期后获取利息及本金的权利（《合同法》第 196 条）等，上述合同体现的当事人的权利都指向具体的物或金钱；在实务中，大量存在以宣传策划，或以扩大知名度为主要目的的合同，如某些网络公司为增加流量和客户的粘度的“烧钱”行为；出售的货物在经济利益上处于亏损状态，但获取了相对应的人格利益，如某些公司为达到标志性营销效果，“赔本赚吆喝”的合同，其体现的核心权利并非经济利益而是人格利益。

核心权利有时表现为一个单一的权利类型，有时则表现为一组权利。即使是单一的权利类型，审查人员也需对权利的内涵进行详细分析。此时，如将合同中的核心权利看作是一个整体，那该整体势必由诸多不同的单元构成，而其中每个不同的单元都有着自己的内涵和独特的特质，审查人员若只能判断出核心权利，而未进一步了解权利内涵，合同条款的设置

[1] ［德］迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 134 页。

就难以有针对性地围绕核心权利的构成展开,对权利的实现及保护也因纵深不够而难以做到周全。例如,买卖合同中,买受方的核心权利体现为取得标的物的所有权。从一般意义上讲,权利人取得标的物所有权的内涵,即当事人实现核心权利至少应关注三个方面:第一,按合同约定的时间取得;第二,按合同约定的质量标准取得;第三,取得法律意义上的所有权。按时取得和取得法律意义上的所有权相对简单,识别的难度较小,所以在买卖合同中都会进行适当的约定,但按质取得的内涵则因为标的物的性质不同而显得稍微复杂,如购买一台电视和购买一台大型变压器,其对标的物质量的关注方向都存有诸多不同,如对质量存在问题的评鉴因素、有权对质量问题的鉴定机构、鉴定费用的多少、垫付与承担等均不同。审查人员如对核心权利中关于质量条款的约定不够深入,那合同条款设置难免偏颇,也容易酿成纠纷。

(二)以核心权利为中心探究合同权利类型的原因

以核心权利为中心探究合同权利的类型利于有针对性地设置合同条款。合同审查中之所以采用核心权利和非核心权利的分类,而未使用主权利与从权利的分类源于合同中推导出来的主权利也许并非是当事人拟实现的核心权利。实务中,基于固定的合同类型推导出的当事人的主权利可能会与当事人关注的核心权利相符,但也有错位的可能,而有时,依固定的合同类型推导出的从权利也许是当事人的核心权利。虽然从限制权利滥用的角度出发对"权利是私法的无可争辩的核心概念"[1]进行了诸多批评,但对于具有相对性的合同,以"权利为中心"绝对是可靠的思维手段。因为权利不仅是当事人实施的合同行为的起点和终点,以权利为中心的思维还关切到抗辩权、救济权等确保权利实现的所有条款的设置。从固定的合同类型推导出的主权利与核心权利的错位,会使合同条款的设置出现误差,而多样性的经济活动,加之多样性的需求,让这种错位大量存在于社会实践之中。为避免这种误差,审查人员只有依据当事人的实际情况,紧扣当事人欲实现的核心权利与制约核心权利实现的要素来设置合同条款才能做到有的放矢。

---

〔1〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第62页。

以核心权利为中心的思维方式有利于对当事人完整权利的保护。买椟还珠的寓言故事批评郑人只重外表而不顾实质,做出了舍本求末的不当取舍,即放弃了主要的珍贵的东西而取得了次要的东西。但从合同的角度考察,郑人关注的核心权利也许就是漂亮的盒子,而非珠宝。实践中,大量存在这种看起来本末倒置的案例。例如,某领导视察在建工程的工地,业主要求施工方对在建工地进行美化。于是漂亮的喷绘、美丽的外墙、飞扬的横幅遮盖了本该凌乱的工地。美化环境的支出在领导视察完毕就灰飞烟灭,但领导的赞扬对于业主和业主经营层的人格利益提升难道不是其应关注的核心权利?因此,当事人的核心权利中由于包含了人格利益,使其出现了多样性的变化。也就是说,具体到每个合同,当事人的核心权利并非是单一的,其往往表现出多样性。比如,一个政治色彩浓烈的施工项目中,企业的核心权利,甚至经营者的核心利益往往会表现出强烈的人身性,而这些权利,难以从具体的合同类型中推导出来。若审查人员对当事人关注的核心权利都不能详尽了解,那又谈何周全保护?

(三)核心权利的对等性理解

双务合同中,合同各方的核心权利彼此相互对等,但对“对等”应从三方面理解:第一,合同体现的是经济利益的对等。此类合同在实务中较为常见,例如,甲方在乙方处购买普通商品,对价充分体现等值时,各方当事人主要关注的是经济利益的对等。当然,这其中也包含着人格利益的因素,如出卖方期待获取买受方的好评,但由于人格利益的表现不突出,往往被忽略;第二,权利对等中体现了强烈的人格利益因素。实务中,常会出现合同一方当事人的核心权利 = 经济利益 + 人格利益,或人格利益 + 经济利益,或人格利益。例如,出卖方为提高公司或产品知名度,以牺牲部分经济利益获取人格利益的合同,体现出来的出卖方的核心利益 = 人格利益 + 经济利益。如出卖方以牺牲全部经济利益为代价获取人格利益(如样品赠与),则出卖方的核心权利 = 人格利益。上述出卖人的核心权利对应的买受方的核心权利则多表现为经济利益,即买受方取得标的物的所有权;第三,固定的合同类型中,如《合同法》规定的有名合同中各方当事人的核心权利错位。合同的类型是以主给付义务确定,但以主给付义务为标准来确定合同类型,在实务中会出现推导出的核心权利与当事人真正关注的核心

权利错位的情形。

[**案例13－3**]甲方为一家设备制造厂家,拥有完整的生产线和厂区土地的使用权,乙方为一家房地产开发企业。甲公司股东因各种原因准备转让持有的甲公司的股权,经协商与乙公司签订《股权转让合同》。从甲方股东和乙方签订的《股权转让合同》判断,甲公司股东的核心权利是取得股权转让价款,乙公司的核心权利应是取得甲方股权,但实质上,乙方的核心权利在于取得土地使用权。在《股权转让合同》顺利履行且甲方资产顺利交割的情形下,乙方取得土地使用权的核心权利被取得的股权所掩盖,但若在《股权转让合同》履行过程中,土地价值发生减损,乙方取得土地使用权的核心权利的表现将变得极为突出,甚至会影响到合同的存在。

(四)核心权利来源与判断

核心权利来源于法律规定和合同约定。当事人的固有权利,如财产权和人格权来源于法律规定,在合同领域,上述权利在各合同阶段依据不同的情况静默的存在或转化为相对方的附随义务,使相对方担负着作为或不作为的义务,前者如相对方在合同阶段应积极履行的保护义务,后者如相对方不得侵害当事人固有权利的义务。基于合同约定而来的核心权利,比如甲方和乙方签订商品买卖合同中,出卖方的核心权利是依据合同及时足额地取得合同价款,买受方的核心权利是取得标的物的所有权。判断当事人的核心权利可从合同地位、盈利模式、合同目的、合同模式、交易习惯等方面入手。

四、非核心权利

(一)非核心权利的内涵

在合同关系中,当事人除拥有固有的,或拟实现的核心权利外,往往还包括拟定的非核心权利。例如,买卖合同中,买受方除期待取得标的物的提取单证,获取标的物的所有权的核心权利以外,还要求相对人交付其他单证和资料的非核心权利(《合同法》第136条)。在合同中,非核心权利的功能主要体现为辅助功能,其存在是为了最大限度地满足当事人核心权利的完整实现,而满足核心权利实现的方式并非仅限于实现具体的非核心权利,有时让渡或转换非核心权利也是为了最大限度地实现当事人的核心权

利;合同类型不同,当事人的诉求不同,决定了有些非核心权利的存在具有独立意义,而有些则不具有独立意义;非核心权利的形态包括经济利益形态和人格利益形态。

(二)非核心权利的权利类型

1. 筹码性权利

非核心权利包括筹码性权利和重要性权利。筹码性权利是指在合同谈判、签订及履行过程中,权利人可主动放弃或与相对人进行利益交换的权利类型,权利人放弃或交换的目的是为交易的达成,或为最大限度地满足核心权利的实现,且放弃或交换不对核心权利的完整实现造成质的影响。因此,筹码性权利的存在往往不具备独立存在的意义。例如,乘坐出租车时,私人用途的乘客有获取发票的权利,但其放弃该权利并不会影响核心权利的完整实现。

以筹码性权利的来源为标准可将其分为原有性权利和分割性权利。原有性权利是当事人享有的权利来源于法律规定或合同约定,例如,买卖合同中,出卖方承诺赠送给买受方的精美礼品。此时,买受方享有的接受精美礼品的权利来源于合同约定。分割性权利是指该权利是从核心权利或其他权利中分割而来。例如,买卖合同中,出卖方为提前回收货款,承诺再给予买受方一定的优惠。此时,买受方享受的优惠来源于出卖人"收取货款"的核心权利。

2. 重要性权利

重要性权利是指该权利并非当事人的核心权利,但其能否实现会对核心权利的完整实现产生质的影响或制约。因此,重要性权利的存在具备独立意义。以对核心权利的影响程度不同进行分类,可分为制约型或称条件型重要权利和辅助型重要权利。

制约型重要权利是指该权利能否实现直接关系到核心权利能否实现,或者说该类权利是实现核心权利的条件。

[案例13-4]某省电网公司规定,为保证电网的安全运行,要求接入电网的所有设备必须取得入网许可证。甲公司与乙公司签订了一份《高低压成套设备买卖合同》,约定甲公司在乙公司购买一套高低压成套设备,同时约定乙公司负责取得入网许可证。作为交换,乙公司提供设备的结算价格

较为优惠。合同中,乙公司取得入网许可证的权利为制约性重要权利,乙公司若不能取得该项权利,在合同中拟实现的获取标的物价款的核心权利将无法实现。

辅助型重要权利是指该权利的实现与否关系到核心权利能否完整性实现。

[**案例13-5**]甲公司与乙公司签订一份《滑翔机买卖合同》,合同约定甲公司向乙公司提供若干台滑翔机,同时合同约定,甲公司负责培训乙公司驾驶人员,并保证乙公司操作人员考取飞行许可证。本合同中,乙公司获得甲公司的培训的权利属于辅助型重要权利,因该权利能否获取关系到乙公司核心权利实现的完整性。

实务中区分制约型和辅助型重要权利的意义重大,其主要体现在履约阶段。如在《高低压成套设备买卖合同》中,作为出卖人,其获得入网许可证的权利是履行合同的前提,若不能取得该项权利,履行合同的意义将大打折扣,或失去意义。因此,对制约型权利的关注犹如对核心权利的关注一样,由于其缺乏替代措施,基本没有让渡、放弃或转化的可能。而于辅助型重要权利,虽然该权利的取得对于核心权利的完整实现具有非常重要的意义,但由于该权利所具备的替代性,使其具有了转换、让渡的可能。如在《滑翔机买卖合同》中,出卖方提供的滑翔机性价比高,但却未按合同约定提供培训。此时,买受方完全可以聘请类似飞行学院的教练培训操作人员,合同中买受方应接受培训的权利发生转化,即买受方可向出卖方追究违约责任,并要求其承担因此支出的培训费用。这对买受方而言,履行《滑翔机买卖合同》的必要性不会受到质的影响。

(三)非核心权利的个案性

实践中,筹码性权利和重要性权利表现出鲜明的个案性,审查人员只能基于不同的个案予以分析,不能一概而论。即使是同类型的合同、相同的权利形态,对某些主体可能是筹码性权利,对某些主体可能却是重要性权利。

[**案例13-6**]某企业工作人员在开展工作时需乘坐出租车,其因报销车票则必须要索取发票,否则其就会自己承担费用。此时,若出租车不能

提供发票,即使出租司机同意减少车费,对乘客来讲也无济于事,因为,此时索要发票的权利属于重要性权利内容;而因私人需求乘坐出租车时,由于车费本身应由自己承担,索要发票的权利即使放弃也不会影响乘客的核心权利实现,如出租车因不能提供发票而给与乘客一定的优惠,则乘客的核心权利不但不会受影响,而且会得到最大程度的满足。

(四)非核心权利的来源

非核心权利来源于法律规定和合同约定。当事人固有的财产权、人格权源于法律规定。在合同领域,如核心权利一样,固有权利在被相对方侵犯时会转化为相对方的附随义务,使相对人承担相应的责任。基于合同的约定,非核心权利会依附当事人的核心权利产生,例如,买卖合同中,买受方取得标的物的所有权同时,有取得诸如产品说明书、发票等的权利。值得注意的是,筹码性权利可以是单独的权利类型,也可能来源于核心权利或其他重要权利,例如,买卖合同中,出卖方为顺利收取货款,主动打折,该作为筹码性权利的让渡来源于核心权利。正常情形下,筹码性权利的放弃、让渡或交换不会影响核心权利的实现。

(五)非核心权利的功能

在合同的不同阶段,非核心权利为辅助当事人实现核心权利所发挥的功能不同。在谈判阶段,非核心权利可作为博弈手段,当事人可以通过放弃非核心权利而获取交易机会。例如,买卖合同中出卖方承诺提供免费的运输、承诺延长售后服务期限。在履约阶段,非核心权利的让渡或转化是为确保合同的顺利履行,最终目的是确保当事人顺利地实现核心权利,进而实现当事人的合同目的。例如,在具有较为浓厚的政治色彩的项目开发中,业主以经济利益的适当让渡换取项目开发进度的加快;在合同履行完毕后,非核心权利的存在是为确保当事人实现核心权利的完整性。例如,在合同履行完毕后当事人负有的保密义务。

(六)非核心权利的权利内涵及转换

非核心权利包括经济利益权利和人格利益权利。在合同签订及履行过程中,非核心权利的让渡或转换区分为三种情况:第一,权利人用经济利益换取相对方的经济利益。例如,买卖合同中,出卖方承诺提供精美的包装,但在履行过程中,由于出卖人的原因不能按合同的约定提供精美的包

装,买卖双方经协商,买受方同意接受简易包装,但要求出卖方降价。此时,买受方是以"精美包装"体现的经济利益获取出卖方"降价"的经济利益;第二,权利人用经济利益换取人格利益,或相反。例如,演员为扩大自己的知名度而与大牌导演执导的影片的制作人签订《演出合同》,演员适当放弃经济利益,要求较低的片酬以获得知名度提高的人格利益。再如,某律师事务所与某国家政府单位签署《长期法律顾问合同》,合同约定的顾问费用相对低廉。从经济角度考量,律师事务所可能处于微利甚至亏损状态,但该律师事务所所获取了相对较大的人格利益,担任政府法律顾问本身就隐含着超强的能力和信誉,其利于向其他客户推广自己的服务;第三,用人格利益换取人格利益。例如,某施工企业作为分包方长期与某大型国有企业合作。在施工过程中出现非因施工企业责任的安全生产事故。事故处理过程中,国有企业负责人为避免被上级主管单位追究管理责任,要求施工企业主动承担安全事故的责任和经济赔偿责任。实质上,用于赔偿的资金最终会由国有企业承担,即施工企业名义上承担安全责任,国有企业实质承担赔偿责任。施工企业考虑到合作关系,以自己的名义承担事故责任。此时,对于施工企业而言,由于施工中出现安全事故而减损了自己的人格利益,但该减损的人格利益会换来国有企业的信赖。

(七)非核心权利的对等性

在具体的合同中,当事人的核心权利虽然可能与从合同类型中推导出的核心权利存在错位,但总体而言,合同各方当事人的核心权利表现为相互对等。但非核心权利是否对等则视具体情况而定,有时一方当事人享有的权利表现为"单方性",有些又表现出"对应性"。例如,在买卖合同中,出卖方获得价款的核心权利与买受方取得标的物所有权的核心权利相对应,但出卖方并无某项权利与买受方获取发票的非核心权利相对应。同样,在买卖合同中,有些出卖方需要取得客户对产品质量的书面回馈,并期望产品的使用者给予好评,那出卖方获取客户优良评价的权利与买受方获取完善售后服务的权利相对应。

无论非核心权利的存在是否具有独立意义,但既然是当事人的权利,都会对合同的履行程序、救济权的设置产生较大影响。即使是不具备独立存在意义的非核心权利,有时也会对合同的履行产生质的影响。例如,买卖

合同中，买受方获得发票的权利。买卖合同中约定，出卖人开具发票后×日内买受方应支付款项，在履约阶段如出卖方不提供发票，买受方则可据此抗辩不支付款项，但如合同中未约定出卖方何时提交发票，那买受方应按合同约定的时间支付款项，而不能依据出卖人未提供发票为由抗辩，拒绝支付款项。此时，如买受方为国有企业，出卖方不提供发票会使其无法入账，即使出卖方降低价格，买受方也无法接受。因此，审查人员在合同条款设置中应根据当事人的具体情况和合同的地位、性质就“出卖方提供发票”的事项予以专门的约定，或设置抗辩权，或设置救济措施。但如买卖合同中的买受方为私人，发票对其有无意义则因合同性质的不同而不同，如买受方纯粹系私人用途，出卖方如以降低价格为交换请求买受方放弃索要发票的权利，买受方多半会接受，如买受方取得的发票是为了作为与他人的结算依据，取得发票的权利则会变得十分重要。

第三节　实务中观察合同权利的特征

一、权利的多样性及权利主体认知的差别与容忍度

正如合同中义务群是由多种来源不一的义务构成一样，权利在合同中也表现出多样性，且该多样性的权利既相互依赖又相互独立，多样性导致权利与权利之间存在差别自不待言，但即使是对同一合同中的同一权利由于个体的需求不同，其对权利的认知也存有差异。例如，女演员与制片方签订《演出合同》，从法律和合同规定的常态看，制片方对女演员的隐私披露或制造绯闻违反了合同的附随义务，侵犯了演员的权利，但事实上，有些演员基于各种考虑，容忍了对自己权利的侵犯，甚至会有意或无意地放纵侵犯的存在。因此，在合同中对权利认知的差别性不仅体现在不同种类的权利之间，即使是对同一权利的认识也会因主体需求不同而有所差别。

实务中，审查人员应考察这种细微差别，因其涉及权利人对因相对方违反义务，或不完全履行义务而导致的权利瑕疵的容忍度不同，其采用的救济措施亦会有所差别，其主要体现在两个方面：

第一,不同的立场对“完美的权利”认知的差别,即外部认知和内部认知的差别,或者说依据法律规定或交易习惯推导出权利存在瑕疵,但当事人自己却并不会得出“权利存在瑕疵”的结论,或权利主体能够容忍瑕疵的存在。外部认知是指合同相对方、裁判机构等当事人以外的第三方以法律规定、交易习惯、学理为依据来判断权利存在的状态,判断其是否完美,是否存在瑕疵,如存在瑕疵应归责于何方等。内部认知是指当事人根据自己的合同地位、需求对权利的状态做出判断,判断其是否完美,是否存在瑕疵,如存在瑕疵是否处于可容忍范围。正常情况下,外部认知和内部认知基本趋同,因为无论是第三方,还是当事人自己都是基于基本相同的规则和认知做出的判断,即判断“权利是否完美”的依据都是相同的法律规定、交易习惯和法理。但实务中,当事人个体需求的差异造成对权利完美度的认知差异。对权利的不同认知使权利人对权利存在的瑕疵的容忍限度不同,在义务人履行义务并未完全符合合同约定时,权利人的容忍限度不同,拟采取的救济措施存在差异。

第二,相互依赖的权利中,基于固定合同类型推导出的主权利与从权利的依赖关系与个案中的差别。一般而言,主给付义务决定合同类型,主给付义务对应的是主权利,从权利依赖于主权利而存在。但实务中并非完全如此,从固定合同类型中推导出的主权利也许并非是当事人的核心权利。差异产生的主要原因是合同模式并非总是真实地反映当事人的合同目的。值得注意的是,在实务中,并非以合法形式掩盖的都是非法目的,其中还包括以合法形式掩盖合法目的的合同,或者是因合同模式的选择影响了当事人的目的是否合法的情形。无论是上述哪一种情形都能说明依据固定合同类型推导出的主权利与当事人关注的核心权利存在差异是不争的事实。既然关注的权利存在差异,那对权利上存有的瑕疵的容忍也会存有差异。

二、权利的可转化性

(一)变化导致“规划”的合同权利的转换

可转化性是指当事人在设定合同模式,安排权利义务关系时,隐藏的含义是“我要获取何种权利”和“相对方应如何做才能满足自己获取期待权

利”,以及“我应该做什么、怎样做”的规划。但未来总与过去不同的事实决定了规划的交易关系在履约阶段会发生变化,若相对方未按规划履行义务,则意味着当事人无法实现期待的权利。相对方的违约行为虽使期待的权利无法实现,但会转换成另外一种权利,如请求违约赔偿的权利。

[**案例13-7**]甲、乙双方签订《买卖合同》,合同约定甲公司在一定的时限内向乙公司提供5台变压器,但在履约阶段,甲公司只能向乙公司提交4台。此时,乙公司规划的获取5台变压器的权利可转化为:获取4台+违约损害赔偿的请求权。

获取完整性权利是当事人签约时对履约结果的期待,在一定意义上讲,这种期待本身就是一个假定。在履约阶段,因义务人不完全履行合同义务致使权利的完整性受到影响而出现瑕疵的情形极为常见。权利人在假定获取完整性权利的同时,相对方也为自己假定了应履行的义务,合同对价体现的即是这种双重假定的匹配。即当事人取得相适应的权利的前提是因已支付或应支付匹配的对价,如义务人支付的对价不完整,权利人获取的权利则不完整。在履约阶段,若权利人已按合同约定支付了对价,却未按合同约定获取相对应的回报,则形成损失,权利人为填补受到损失的权利,只有启用救济措施。此时,权利人会根据合同现状及完整权利获取的可行性、必要性来判断是否启动及如何启动救济措施。例如,在买卖合同中,卖方迟延履行交货而违约,买受方判断是否继续履行合同应基于两点:第一,卖方交货的可行性,即卖方是否会构成履行不能;第二,卖方交货的必要性,即自己是否还需要出卖方实际履行。如出卖方迟延已构成履行不能,或实际履行对自己丧失必要性,权利人(买受方)的受领权转化为损害赔偿的请求权;如出卖方的迟延并不构成履行不能,且实际履行不会使买受方丧失必要性,则权利人(买受方)的受领权则因出卖方的迟延履行造成的瑕疵转化为:受领权+违约损害赔偿请求权。

(二)权利转换方式的多样性与权利人的可控性

权利的转化虽有一定规律可循,但如在合同中未具体约定,哪一项权利会因义务人的违约行为而转化为具有多样性的存在状态,而权利的多样性存在状态往往意味着权利人有着多样的选择性,而可供选择的多样性则意味着能为权利人权利的完整提供更加周延的保护。审查人员的工作目

的之一就是减少相对方的选择性,而使自己的委托方始终处于可控状态。同理,审查人员的工作目的还需针对相对方的可能违约行为扩大委托方的选择权,以便于掌握主动权。

《合同法》第 111 条规定:“质量不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,受损害方根据标的的性质及损失的大小,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”如果审查人员站在买受方的立场,根据《合同法》第 111 条的规定,自己的委托方有足够的维系权利的选择权,审查人员的工作可集中在“定量”上,即在合同中确定减少价款或报酬的标准、确定合同的违约金数额等。如果审查人员站在出卖方立场,显然买受方的选择权会使出卖方失控而造成损失的实质性扩大,因对出卖方而言,修理 + 违约责任、减少货款 + 违约责任往往比退货 + 违约责任、更换 + 违约责任的损害要小。

三、权利的可让渡性

(一)权利让渡贯穿合同的全过程

可让渡性是指在合同谈判、签订及履行过程中,权利人可根据具体情况让渡自己的部分权利,让渡权利的阶段贯穿整个合同订立及履行的全过程。在合同订立阶段,权利的让渡往往是策略考虑,以权利的让渡换取交易机会,此时被让渡的权利是谈判筹码。例如,买卖合同谈判过程中,出卖方承诺给予一定的额外优惠,或提高售后服务期限等。在履行阶段,权利让渡的因素比较复杂,有的是从策略上考虑的主动让渡,如基于长远合作的期待,或为保证合同的顺利履行。在前者,如合作过程中因卖方提供的产品降价,而出卖方主动给长期合作的客户以一定的优惠。在后者,如在房地产开发过程中,业主为保证及时完工而加大经济支出;履约中,有些权利的让渡是权利人处于被动而委曲求全。例如,在建筑施工合同中,施工单位以工期或其他方式要挟,权利人无奈提前支付工程款,或改变结算单价。合同履行完毕也会存在权利的让渡,但实务中相对较少。可让渡的权利范围不仅包括合同权利,还包括固有权利;不仅包括经济利益权利,还包括人格利益权利。

（二）权利让渡的目的和实质

权利让渡的目的是完成利益的交换，而交换回来的利益可以是经济利益，也可以是人格利益；可以是当事人的利益，也可以是合同当事人之外的其他主体如经营层的利益。权利人让渡权利可能会对权利的完整性造成影响，但由于是权利人的"主动"行为，故不构成权利瑕疵。从这个角度观察，权利转化的功能体现的是对权利完整性的修复，而权利的让渡功能主要体现为利益交换，在权利转化场合，义务人损害的可能是权利人的核心权利，也可能是非核心权利，而权利人让渡的权利往往是非核心权利，权利的转化往往伴随着义务的违反，其需通过启动救济措施才能实现最终的转化，而权利的让渡意味着主动减少义务人的义务，其仅通过权利人的单方意思表示即可实现。

（三）权利让渡的禁忌

实务中，审查人员对于权利的让渡应把握两点：第一，权利人的企业性质不同导致对权利让渡行为的定性不同。理论上讲权利自身所具有的处分权决定了权利人可以自行处置己方权利，但我们注意到，这种处置的前提是自己要拥有权利。目前我国市场经济中大量存在国有企业主体，国企的权利主体是抽象的国家，因此，国企拥有的权利让渡的主体应属于国家，而非具体的自然人或法人主体，哪怕这些自然人在实质上拥有绝对权力。站在国企立场的审查人员无论是在谈判还是在履行合同过程中，在涉及权利让渡时应评估被让渡的权利和交换回的利益值是否相对均衡，尤其应评估经济利益值是否均衡，避免陷入"利益输送"的陷阱，或形成以企业经济利益交换权利人的人格利益的现象。在大约等值的基础上，根据法律规定和企业的规则，完善相应的程序。第二，非核心权利的让渡是否会影响或制约当事人实现核心权利。当事人完整的权利来源于法律规定的固有权利和通过合同期待实现的权利，固有权利在履约阶段的变形使权利的形式更加丰富，个性更加鲜明。毋庸置疑，在合同各阶段，就像义务群的组成一样，权利人的权利也会形成一个权利束。当事人签订合同是为实现期待的合同目的，在权利人眼中，权利束中各项权利所占的地位不同，核心权利的实现无疑是首当其冲的目标。当事人为实现核心权利，适度地让渡非核心权利不无可能，但实务中，审查人员应注意可让渡权利对核心权利的影响

和制约。犹如一台精密机器,看似某些小部件的缺失可能会造成整台机器的运转失灵,非核心权利的让渡或缺失一样会使权利人的核心权利不能实现,或受到影响。

例如,某公司购买电脑,其核心权利是获取电脑的所有权,但搭载的软件是否符合权利人的要求、是正版还是盗版直接关切到买受方是否能达到合同目的。实践生活中该类型的案例不胜枚举,又如,同是购买一样的商品,由于用途不同,其对包装的要求会有所不同,如购买的商品是作为礼品使用,买受方可能会要求其提供精美的包装;如自用,对包装的要求可能会降低。作为出卖方,因包装增加的经济支出而要求买受方承担包装费用的权利并非核心权利,作为买受方,要求商品应有适当包装的权利也非核心权利。从这个角度观察,无论对出卖方还是买受方,因"商品的包装"中涉及的权利均属非核心权利,在理论上均可让渡,或进行交换,如出卖方承诺提供免费的包装而获取交易机会;买受方可承诺不需要包装而请求出卖方减少价款,但在具体的交易中,当事人根据购买商品是送礼,还是自用的目的不同,非核心权利对其实现核心权的影响不同。

四、错位性与错位性利用

错位性是指合同文本中推导出的当事人的权利与当事人的真实意思表示存在差异。错位性表现为两个方面:第一,理解错位,或称认识错位,是指因当事人"表示出"的意思与"真实的"意思不一致,且各当事人均知道这种"不一致",站在第三方的视角推导出的合同一方的权利义务与对应的相对方的权利义务并非是当事人的真实意思,但这正是当事人通过合同模式设计所追求的效果。第二,错位利用,即机会主义者在权利义务本来就错位的基础上将错就错,无视签约时"被掩盖"的、"真实"的合同目的,而使合同的履行背离当事人的真实意思造成合同偏离预定轨道,而站在第三方的角度来看,这种偏离却符合合同文本的约定。

[案例13-8]甲方系一家大型国有企业,乙方系一家民营公司。乙方因资金短缺拟向甲方借款。甲方基于法律的规定及国资监管的需要无法与乙方直接签订《借款合同》。经论证,甲方与乙方股东签订了《增资合同》,约定甲方通过增资的方式向乙方注入资金。同时,双方签订了《股权

回购合同》,约定在甲方完成增资一年后,乙方股东回购股权。上述两份合同中,甲方和乙方的真实目的是借款;回购的期限即为借款期限;回购价款高于增资的部分即为利息。因此,甲方和乙方的行为应是名为增资、回购,实为借款;之所以用增资、回购形式掩盖借款目的是规避法律规定和国资部门监管。《增资合同》签订后,甲方在未取得国资监管部门批复前提下将资金划至乙方账户,工商管理部门为其办理了工商变更手续。一年的期限届满后,甲方要求乙方股东回购股权。此时,乙方股东及乙方并无能力归还借款,即无回购股权的能力。但乙方将错就错,借工商管理部门关于国有股权退出的规定,提出甲方必须提供国资监管部门同意其退出乙方的书面批复才能办理股权回购。作为甲方,其在入股时并没有取得国资监管部门的同意,已违反了规定,而此时经营者从自身责任承担的角度出发不想提供批复文件,股权回购不能完成的责任看起来并不在乙方。

在案例 13－8 中,站在第三方的角度来看,《增资合同》及《股权回购合同》也许会被认定为名为股权投资实为借款,实务中也有类似的相关判决,但甲方被动局面的造成与审查人员的工作失误有着密切的关系。对于乙方而言,无论是签订《借款合同》,还是《增资合同》,只要甲方将资金划至乙方账户,其核心权利已经实现。但作为甲方的审查人员,应该清楚增资需国资监管部门批复,退出也需要批复,双方之所以分别签订《增资合同》和《股权回购合同》的目的就是通过合同模式设计,将借款法律关系割裂成投资与退出投资的法律关系,避免被第三方认定为名为投资实为借款的事实。岂不知,借款法律关系被割裂后从一个单纯的法律关系演变为两个独立的法律关系,虽然《增资合同》的履行是《股权回购合同》履行的前提和基础,虽然甲方和乙方的真实意思并非是投资及退出,但真实的意思仅属于主观范畴,其考证必须基于客观形成的合同和履约证据。因此,裁判机构对该合同性质的认定应属未知。再者,从签订的合同来看,单一借款关系被割裂成两个独立的合同关系后,《股权回购合同》中约定的相互负有的义务和与之对应的权利与当事人的真实意思形成错位。具体表现为:双方真实的意思是借款期限届满,乙方负有归还借款的义务,其所对应的甲方权利是回收借款。按《股权回购合同》,甲方的核心权利是请求乙方股东回购股权获取股权回购价款,其对应的乙方义务是支付股权转让价款。乙方

的核心权利是取得股权,与之对应的甲方义务是交割股权。从上述分析可以看出,义务和对应权利与当事人的真实意思之间的错位使单纯的法律关系变得复杂,严格地讲,在乙方归还借款的场合,甲方的权利非常单纯,乙方除去义务并无权利,而按照《股权回购合同》,甲方和乙方相互负有义务,相互享有权利,且权利的取得须满足一定的条件。在履约过程中,如果甲方和乙方一直按照这种错位的关系履行,最终也能实现双方的合同目的,但乙方寻找借口将错就错,合理利用错位使甲方陷入被动。因此,审查人员在合同实务中,对以一定形式掩盖当事人真实目的的合同,或者当事人的合同目的是否合法由所选择的合同模式所左右的合同,应注意履行中的连贯性,并以此设定配套救济措施,避免被对手利用而使陷入被动。

五、权利的流变性

(一)流变性概述

权利的流变性因权利的物质特性引起,在外力的作用下,权利发生变形和流动。权利流变的发生主要是由法律变化、需求变化、市场变化、职位变化等背景因素的变化,而导致合同目的、关注的核心权利发生变化。其表现的方式为:昨天不需要的今天变得特别重要,或相反;昨天禁止的成为今天追求的,或相反。

权利流变与权利转化不同,权利转化立足于合同权利的完整保护,因此,权利的转化对另外一方往往意味着责任的承担。权利转化虽多因外力作用引发,但权利转化并非以权利人的主观愿望为转移,更多的时候表现为权利人在主观上只能无奈地接受这种客观结果,站在权利人立场观察,权利转化体现出的是被迫性。例如,在买卖合同中,出卖人未按合同约定提供合适的包装,买受方应获取的关于合适包装的权利转化成损害赔偿的请求权。权利的流变则不同,其并非总意味着相对方应承担一定的责任,从客观结果上看,权利虽发生了变化,但这种变化并非是由一项权利转化为另外一项权利,发生变化的原因也并非是立足于权利的完整性保护,而是因权利在权利人眼中的必要性、重要性发生变化导致当事人的重点、关注点发生变化。从权利人主观角度观察,这种变化是因权利人自身认识发生变化所至,或者说“客观存在的权利”没有变化,但当事人的“主观认识”

发生了变化,归根结底是需求发生了变化,其体现了权利人的自愿性。“需求”决定了对权利的认识甚至可以颠覆权利人的认识。

考察民间借贷中法人和其他组织之间进行的资金融通行为的发展历程,也是从禁止到允许,利率上也给予了较大空间。禁止时,非自然人主体之间的借贷都演化成了自然人之间的借贷,利息的约定,更是花样百出,不一而足,其最终的目的都是规避法律的规定,在此背景下设计的法律文件,如借款合同、借据、担保文件、股权转让协议、授权文件、公证文件等多半是“阴阳结合”,在《民间借贷司法解释》出台后,许多问题都可以置于阳光之下。法环境的变化导致了“阴阳结合”向“阳光下”的转变,法律文件的设定、文件中关于权利条款的关注重点会发生质的变化,在这种变化下,有些关注的权利会发生不同程度的流变,如利息条款可从“高利贷”转变为受法律保护的“民间借贷”。

(二)权利流变在实务中的运用

权利的流变特质大多牵涉到合同责任。合同权利从合法到禁止,从重要到不重要,或相反;往往涉及合同变更、合同更改、合同解除与终止,而这些都可能面临着权利的转化,都与合同责任息息相关。因此,在实务中应注意背景分析、时机把握和成本利益计算,利用权利流变带来重新博弈的机会,或避免因权利流变引发责任的承担。

[案例13-9]某项目业主因项目需要定购一批塑钢门窗,并与厂家签订《买卖合同》。在履约中,某公司领导认为使用塑钢门窗不如使用铝合金门窗,并责令做设计修改。此时,买卖合同中,项目业主关注的取得塑钢门窗的核心权利因领导的外力干预发生流变。站在项目业主自利的角度,不付出成本而实质上做到合同更改,或消灭买卖合同是最佳选择,围绕该选方案,项目业主会寻找各种借口。站在出卖方角度,其最佳效果是项目业主按照之前签订的买卖合同支付违约金,然后再与其签订新的买卖合同为最佳选择。前者是抓住项目业主权利流变的时机促使其自然转化,获取违约赔偿。后者是通过签订新的合同获取履行利益。对出卖方而言,因门窗的买卖属于买方市场,其最佳方案并无实施可能。因此,利益的考虑成为关键因素,如综合考虑追究项目业主的违约责任的成本及风险后,认定权利转化取得的收益高于合同更改后取得的利益,出卖方会利用项目业

主权利流变给予的机会,放任权利转化而要求项目业主作出损失赔偿;如出卖方评估的结果相反,其会利用这个机会,将项目业主权利流变面临的后果作为谈判筹码,顺势提高铝合金门窗的售价,或争取更加有利的付款条件。

第四节　实务中以权利为中心的审查思维及技术

一、"以我为主"的主动性思维

合同实务中,站在委托方立场,审查人员应放弃"以义务为中心"构建合同体系的思维模式,而采用"以我为主"或称"以权利为中心"的主动性思维模式。"以我为主"是指以委托方权利的实现为中心思考构建合同体系。主动性思维下的合同体系构建应围绕着拟实现的"权利",通过研究权利类型、权能、制约因素、障碍消除手段、权利实现的保障手段等达到权利实现的目的。既然当事人签订合同是为获取期待的权利,那以权利为中心并以此展开构建合同体系应是最直接、最简约,且是最能体现当事人诉求的一种方式。

[**案例13-10**]甲公司向乙公司购买一批翡翠,其首要目的是带着翡翠的鉴定证书去国外参加一个重要的交流活动,并择机出售赚取差价。次要目的是获取该批翡翠的所有权,但仅仅取得所有权而不能转卖并非买受方所愿。为此,双方签订了《翡翠买卖合同》。主动性思维下,甲方的核心权利排序是,取得鉴定证书—翡翠,或两者并列。被动性思维的情形,或依据《合同法》关于买卖合同的规定,乙方的主给付义务是交付翡翠,从给付义务是交付鉴定证书。主动性思维模式的下的合同构架中必须做到两个核心权利缺一不可,尤其是解除权或违约责任的设置,必须紧紧围绕证书和实物的交付展开。从甲方对乙方迟延履行的容忍度来看,甲方更不能容忍乙方迟延交付鉴定证书,被动性思维模式下,无论是从《合同法》的规定,还是从裁判者的角度观察,证书交付的重要性退居实物交付之后。也就是说,乙方如按合同约定时间交付了实物,而迟延交付了鉴定证书,意味着乙

方已履行完毕主要合同义务。

当然,在被动性思维模式下,有经验的审查人员也会对乙方迟延交付证书的违约行为做出适当的违约救济约定,其效果与采用主动性思维也许并无差异。值得注意的是,两种不同的思维模式对不特别精通法律,或精通法律但缺少实务经验,或精通法律但不精通专业的审查人员的影响不同。或者说,主动性思维是能在一定程度上弥补审查人员在法律知识、实务经验或专业上的不足的。另外,主动性思维模式是一种以"权利为纲"的自上而下的思维模式,该模式由于目的性强,有利于审查人员发现问题并提前做出防范。

二、主动性思维下"权利与义务"的地位

因权利的取得而实现合同的目的,既是当事人合同行为的起点,也是其合同行为的终点。正所谓"天下熙熙皆为利来",在合同中,赋予权利至高无上的地位并无不妥。具体审查时,从合同目的出发确定当事人拟实现的权利,并在对权利进行准确分级的前提下,以其为中心展开合同的体系构建,明晰不同类别的权利得以满足的前提,即明晰相对方应负有何种义务、如何履行,义务若被违反、或未履行时当事人应有的制约措施及应承担的法律后果。

假如义务完全与权利相对应,从一定意义上讲,义务也应该具有至高无上的地位,但事实上,权利是当事人的直接诉求,而义务对应的往往是相对方的权利,且合同义务并非总能与当事人的直接诉求权利相对应。因此,义务的履行仅是实现权利的手段,其地位不能与权利相提并论。

三、权利体系构建与审查的大局观与实现策略

(一)审查人员的大局观

1. 大局观的内涵

大局观是指凡事长远考虑,以得与失的辩证关系原理看待问题。能够把握好整体利益和局部利益的关系,分清主要矛盾和次要矛盾,不因小失大,对待问题能做出快速的反应和正确的决策,使整体利益最大化。合同行为往往是当事人经济活动链条中的一个环节,审查人员应当顾及其与

上、下游合同,或行为之间的逻辑关系,明晰互为条件,或相互制约的关键因素,尤其要关注合同中核心权利未按时实现而可能带来的连锁反应。这就要求审查人员的观察视角必须具有整体性,而不能像铁路警察一样各管一段。否则,完整性的缺失必然导致逻辑的混乱,最终将难以避免出现顾此失彼的局面。例如,甲方在乙方购买设备的《买卖合同》是为了履行其与丙方签订的《设备安装合同》。此时,甲方与乙方所签的《买卖合同》是否能顺利履行关系到甲方能否完全履行与丙方签订的《设备安装合同》。也就是说,甲方在与乙方《买卖合同》中的核心权利实现直接关切到其与丙方合同中的核心权利实现。如甲方过分拘泥《买卖合同》中的非核心权利而影响了核心权利实现致使影响了与丙方《设备安装合同》的核心权利实现,其结果会得不偿失。

2. 整体利益与局部利益

视野不同,则对整体利益和局部利益的界定标准不同,若将观察视野集中在一个具体的合同,获得完整的履行利益为整体利益,那合同的权利组群中,每个单项的权利为局部利益。例如,买卖合同中,买受方的整体利益是实现所有的合同权利,而每项具体的权利,如获得发票的权利、接受培训的权利、获取说明资料的权利为局部利益。但若将观察的视野放宽,也许合同仅仅是当事人经营活动的一个环节,如买受方购买设备是为完成与其他主体签订的安装合同。此时,依据具体的买卖合同获取的利益则表现为局部利益。因此,所谓整体利益和局部利益的划分是相对的。

扩展到整体的经济链条,当事人的整体利益是由在每个环节获取的利益构成,每个环节有每个环节的整体利益,但这不等同于当事人在经济链条中的整体利益是由每个环节的整体利益的简单相加构成。

[案例 13-11]某人在一个木匠处定制了一个餐桌,木匠需要购买一棵树来制作餐桌。木匠与拥有树木的出卖方签订《买卖合同》,约定购买一棵树。此时,在木匠的经济链条中,其整体利益是通过向定制人按时、按质交付餐桌获取报酬,报酬中含有了木材成本、人工成本、管理成本、税费和适当的利润。相比较而言,履行《买卖合同》获取木材的所有权是局部利益,或者说该利益的获得是为了履行《餐桌定制合同》。单纯地从《买卖合同》角度观察,木匠的完整利益包括获取树干、树根、树枝的所有权。在这些权

利中,木匠必须取得的是树干的所有权,树根和树枝虽有价值,但其能否按时取得与履行《餐桌制作合同》的履行无关。作为明智的木匠的选择是在出卖方交付树干后即开始制作餐桌,而不是等出卖方将所有的东西交付完毕后才开始工作,或者是因为出卖方迟延交付了类似树根、树枝而解除合同。此时,若木匠拘泥于《买卖合同》的完整利益实现,在出卖人没有及时交付树根或树枝的情形下解除合同则势必影响《餐桌定制合同》的履行。也许木匠可以通过追究出卖人的违约责任来填补经济利益损失,但迟延或不能交付餐桌对其造成的人格利益损失却无从弥补。

因此,审查人员在进行合同审查时应顾及当事人的整体利益,而其并非仅指具体某个合同的整体利益,尤其在具体合同作为经济链条的一个环节的情形下。在履约时,审查人员看待合同履行的着眼点应脱离具体的合同。在实现效果上,作为局部利益实现的工具性合同,其完整利益的实现不能影响到当事人的整体利益,或者说具体合同利益的完整实现必须服从当事人的整体利益。当然,单纯地从具体合同内容来看,每份具体的合同的签订及履行都包含着当事人的根本动因和最终目的,理想的状态是合同各方全面履行合同义务,全面获取履行利益。但囿于现实中的各种不确定因素,权利的实现并非都能如合同签订之初的规划。审查人员在合同模式设计、权利义务安排时应分清主次,合同条款中各板块的设置应紧紧围绕核心权利的实现进行,在履约阶段,如权利人未能按照合同约定的进度和方式获得应有的、整体的权利,而局部利益的权利的暂缓实现,甚至让渡、放弃如能换取整体利益的实现也应在所不惜。

(二)如何树立大局观——思维的转变与策略的调整

1. 从宏观到微观探究真实需求并据此做出应对策略

(1)从宏观层面探求当事人的真实需求是将合同放置于整个链条之中观察当事人的终极目的与具体的合同目的间的关系以及具体合同在链条中所占地位。针对不同性质的主体,不同的合同类型,当事人及经营层的目的不同,经济利益目的与人格利益目的相互交融,不同的经营阶段,占据主导位置的合同目的形态会有所差异。对于具体的合同,审查人员应区分当事人拟在合同中获得的履行利益本身就是终极合同目的,还是作为实现其他目的的手段,即该合同是作为“工具性合同”存在,还是作为“目的性合

同”存在。

[案例13-12]甲公司系一家大型国有施工企业,乙公司系一家地方政府的平台公司,甲公司在乙公司处承接了一项工程,该工程系地方政府的重大民生工程。为此,甲公司与乙公司签订了《建设工程施工合同》。合同签订后,甲公司分别与其他主体签订了《工程分包合同》、《劳务分包合同》以及各种物资的《买卖合同》。上述合同中,《建设工程施工合同》中体现了甲公司的经济利益和人格利益目的。在该链条中,其将履行《建设工程施工合同》作为最终目标,也就是说,《建设施工合同》中体现的甲公司的目的是终极性目的。《工程分包合同》、《劳务分包合同》和《买卖合同》中虽体现了甲公司的经济目的,但该目的是作为实现《建设工程施工合同》目的的手段而存在。

区分作为“目的性”而存在的合同和作为“工具性”而存在的合同的意义在于:一是,有利于审查人员正确认识合同地位。毋庸置疑,作为“目的性”而存在的合同在经济链条中占据着至高无上的中心地位,如《建设工程施工合同》;作为“工具性”合同依附着作为目的而存在的合同,占据着次要地位,如《买卖合同》、《工程分包合同》、《劳务分包合同》。审查人员只有明晰各类合同在链条中的地位,才能做到重点清晰,才能根据实际情况制定合理的履行策略,在履约中才能有针对性地采取变通手段;二是,有利于审查人员正确认识当事人的合同目的。甲公司在《建设工程施工合同中》的合同目的包括经济利益目的和人格利益目的,《买卖合同》、《劳务分包合同》、《工程分包合同》中体现的甲公司的合同目的为经济利益。由此看来,经济利益和人格利益并非同时体现在“工具性”合同之中,但我们注意到,该类合同能否顺利履行直接关系到《建设工程施工合同》能否顺利履行,因此,该类合同虽未直接体现人格利益,但由于其制约着甲公司的完整利益实现,所以应视为其暗含了人格利益。既然作为次要地位的合同也包括人格利益,那在履约中,根据具体情况,当事人适当使用经济利益来完成人格利益的交换也不足为奇。

(2)从微观层面探究具体合同的合同目的和当事人的核心权利。抛开整个链条独立地看待具体合同,存在的价值在于作为实现当事人终极目的的手段而存在(无论是“工具性”合同,还是“目的性”合同,相对于当事人

拟实现的合同目的而言,合同本身仅仅是实现当事人目的的一种手段)。终极目的和手段的界面清晰后,如何落实这些手段则成为接下来的工作目标。

签约时,静态分解具体合同做出权利实现安排;履约时,根据计划与现状的差异,做出动态调节。静态计划安排主要表现为两方面工作:第一,具体合同目的分析。既然是作为手段存在的合同,其目的是满足当事人的终极目的;第二,具体合同权利分析。明晰具体合同中哪些权利属于核心权利,哪些归属于非核心权利,在此基础上去分析哪些属于可放弃或可交换的筹码性权利;哪些权利会从"量"上影响核心权利实现;哪些会从"质"上制约核心权利实现。

履约阶段,任何履约障碍的产生都是因为权利实现的"目标状态"或称"理想状态"与"当前状态"之间存在差异而造成,没有差异就没有履约障碍,而客观存在的变化必然会使合同履行出现差异,因此,履约障碍的出现是常态。合同文本固化的是当事人规划实现的权利,履约中,审查人员必须依据既定的权利实现目标与履行现状的差异进行动态调节。动态调节应以核心权利的实现为中心,尤其是合同本身是作为"工具性"合同存在的情形;调节的目标分为最终目标和阶段性目标,最终目标是当事人应实现完整的合同权利;阶段性目标是确保实现当事人的核心权利。调整的标准是确保已实现的权利能"最低限度"的满足其作为手段的条件。理想状态下,当事人签订合同拟获取的是完整的履行利益,且完整利益的获取是通过合同的正常履行而按部就班地完成的。实践中,由于现实状态和理想状态的差异,按部就班的步骤常会被打乱,且作为结果状态的完整利益并不总是由合同签订之初的权利形态构成的,如甲公司与乙公司签订《买卖合同》,约定甲公司在乙公司处购买三台家用电器,按照《买卖合同》约定,乙公司的完整利益 = 取得甲公司按合同约定时间足额支付的货款,若在履约中,甲公司未按合同约定的时间足额付款而违约,乙公司的完整利益 = 甲公司支付的款项 + 违约金。

(3)从微观层面探究权利需区分权利标的的可分割性。权利作为一个抽象的概念不具备分割的意义,但权利的标的是否能分割却有着不同的意义。例如,在《买卖合同》中,出卖人的权利是获得价款的所有权,买受方的

权利是取得标的物的所有权,以出卖人的取得价款的所有权为例,假如价款为200元,买受方支付的是两张100元的人民币,单独区分出卖人获得了两张100人民币的所有权并无意义。但在实务中,情况则相反。当事人的核心权利作为一种抽象的存在,其所指向的标的物是否具备可分割性,决定了当事人必须要一次性、完整地实现核心权利,还是在特定阶段容忍核心权利的分次实现。动态调整的标准即是确保实现的核心权利能够满足作为手段使用的条件,而不论权利是完整的实现,还是部分的实现。权利主体之所以暂时接受核心权利的部分实现的目的是出于应急需求,在紧迫情况缓解后,其可进行从容不迫的选择。况且,依据权利转化的特征,暂时容忍并不意味着对权利的放弃。还以上述《买卖合同》为例,如出卖方因紧急事项出卖标的物,其紧迫需要的金钱额度为100元,那买受方先支付100元则为出卖方可容忍的最低限度,此时,区分两张100元人民币的所有权的意义将比较重大。但如果权利指向的标的不具备可分割性,或者虽具有可分割性,但是分割后会从质上的影响权利人的核心权利实现的,动态调整的标准将有所不同,即容忍度的“最高限”不同。

[**案例13-13**]甲公司为履行《建设工程施工合同》,与丙公司签订了《外墙瓷砖买卖合同》,合同约定丙公司在约定时间一次性交付货物,但由于各种原因,丙公司第一次只交付了80%。对甲公司而言,《外墙瓷砖买卖合同》是作为履行《建设工程施工合同》的手段,丙公司未一次性交付的行为虽然损害了甲公司的完整核心权利,但是丙公司交付了80%在特定时间段中并不影响《外墙瓷砖买卖合同》作为手段使用的条件。甲公司在贴瓷砖的过程中,可催促丙公司交货,也可从其他厂家订货。此时,甲公司能容忍核心权利的分割实现系出于应急,紧急情况缓解后,甲公司的选择将会更加从容。而且,丙公司会因自己的违约行为而付出代价。再如,甲公司与丁公司签订的《混凝土买卖合同》中,如丁公司在交付了80%后因各种原因中断交付,其极有可能会给甲公司的施工质量造成实质影响,而最终影响《建设工程施工合同》中的合同目的实现。此时,甲公司将不能容忍完整的核心权利分割实现,因丁公司的行为已经超出了甲公司能够容忍的最高限。

2. 厘清合同行为与其他经济行为之间的逻辑关系

逻辑即思维规律，在合同领域，厘清合同行为与其他经济行为之间的逻辑关系是指对外找出若合同权利不能实现，对其他经济行为形成的制约，以及在合同权利群的内部，各种权利之间的制约关系。因此，分析具体合同的逻辑关系应从以下三个层面进行：

（1）外部逻辑关系即具体合同行为与其他经济行为之间的逻辑关系。如前述案例中，《工程分包合同》、《劳务分包合同》、《买卖合同》的履行制约着甲公司与业主签订的《建设工程施工合同》的履行，这种制约包括"量"的制约和"质"的制约。所谓"量"的制约，是指在特定阶段义务人违反合同义务虽会影响了权利人实现权利的完整性，但并不会对其阶段性的核心权利的实现产生质的影响，合同的存在与继续履行依然不失必要，所谓"质"的制约，是指义务人违反合同义务的行为会从"质"上影响权利人实现核心权利，合同的签订及履行将因此失去必要性。

值得注意的是，"量"的制约是指在特定时间，针对特定的核心权利。例如，甲公司与乙公司签订了《外墙瓷砖买卖合同》，合同约定在某一时间，乙公司一次性交付瓷砖，但在实际履约过程中，由于各种因素致使乙公司第一次指交付了80%的货物，并承诺在不影响甲公司工期的前提下交付第二批货物。此时，乙公司虽违反合同义务，但对于甲公司而言，如乙公司第二批的货物交付未影响甲公司工期，实质上乙公司的行为并未影响到核心权利的实现。再如，乙公司将瓷砖交付完毕后，其未按合同约定时间给将甲公司开具发票。此时，就《买卖合同》而言，乙公司的违约行为影响了甲公司完整合同权利的实现，但在施工阶段却并不影响当时的核心权利，不过，在甲公司承建的项目完工与业主进入结算阶段，乙公司拒不提供发票的行为则会影响甲公司的最终结算工作，其将从"质"上制约《建设工程施工合同》中核心权利的实现。

（2）内部逻辑关系即具体合同权利群中各权利之间的逻辑关系。一份具体的合同中权利主体往往会有多项权利构成，虽然在当事人的心目中各项权利的存在核心权利与非核心权利之分，但权利之间的制约关系并非简单地按照这个固有的逻辑，即使是同类型的合同，权利主体的合同目的不同、核心权利不同，作为手段使用的标准不同，在权利之间也会形成不同的

制约关系。

[**案例13－14**]甲公司与丙公司签订的《外墙瓷砖买卖合同》中关于付款事项的约定:本合同签订后×个工作日内,甲公司应向丙公司支付预付款××元,但丙公司在收款前应向甲公司提供增值税发票。关于发货事项的约定:丙公司在收到甲公司预付款后××个工作日内向甲公司交付货物。从上述约定可推导出的逻辑关系是:合同签订—丙公司开票—甲公司付款—丙公司发货。站在甲公司角度,取得发票的权利制约着收货的权利,因丙公司不开票,甲公司不付款,而甲公司不付款丙公司则可能不发货。逻辑关系清晰,甲公司可根据实际情况游刃有余的作出安排。如施工工序要求急需外墙瓷砖交货,甲公司可暂缓实现取得发票的权利,直接付款使丙公司的发货条件成就,如甲公司暂不需要外墙瓷砖,其可利用丙公司未开具发票的行为而拒绝支付预付款。

(3)无论是厘清外部抑或内部逻辑关系的目的不仅是清晰各项权利在实现过程中形成的制约关系,更重要的是让权利人在清晰权利之间的制约关系后如何反制。所谓反制,是指在特定时间段内摆正得与失的关系。“得”针对的是经济行为中的核心要素,即实现完整的、能满足或暂时满足作为工具使用的不完整的核心权利;“失”是指权利人容忍那些已经具备了实现条件的权利,但因相对人的违约或因客观条件的限制致使不能按合同约定实现,且制约着核心权利实现的其他权利。“失”并非放弃或失去,而是在特定时间的暂时性容忍,在时机成熟,即不影响大局时权利人再以合理方式实现该权利。

3.端正权利实现的态度——刚柔相济的策略

合同是对未来交换关系的规划,一份“完美”的合同无论从逻辑还是法律及规则概念上都应无可挑剔,但在履约阶段一旦适用到社会实践中却会暴露各种缺陷。缺陷产生的原因在于从逻辑关系出发构建的合同往往不能触及或规制社会生活的真相。因此,即使是形式上完美的合同,其规划的权利内容在履约中出现偏差亦属正常情况,缺陷导致的结果使权利人不能按照合同约定实现规划的权利。

审查人员面对这种缺陷时的态度,对能否达到完美的结果十分重要。实务中对缺陷弥补有“针锋相对型”和“委曲求全型”两种类型。“针锋相

对型”的着眼点是具体合同中的具体权利,在缺陷出现时,其试图使当前已偏离预先规定的现状能回归到之前规划的状态。于是,讨论的范围从合同逻辑系统到合同具体条款,讨论的目的是印证当前现状与合同约定之间的存在差异,进而论证差异出现的原因及责任,最终落脚到缺陷如何弥补。反映到具体合同中,若履约中一旦出现偏差,其将迅速启动救济手段,充分利用《合同法》和合同约定赋予的权利,如抗辩权、解除权来维系当事人的权利;“委曲求全型”的着眼点已超越了具体的合同及合同权利。在缺陷出现时,其评估该缺陷对整体利益实现的制约和影响,讨论的范围不局限于具体的合同逻辑系统及合同条款,即使明知缺陷形成的原因,但如该缺陷的存在不会影响大局,也不急于探讨责任的归属及责任的追究。反映到具体合同领域,在履约偏离正常轨道而形成缺陷时,只要不涉及核心权利的实现,或不影响整个经济链条,权利人选择暂时性忍让,待大局已定,权利人再采取适当或更严厉措施完成对缺陷的弥补。

对审查人员而言,无论采取哪种策略都不能简单认定为恰当或失当。“针锋相对”体现的是斗争的及时性和策略的针对性,斗争本身就是给予对手的一种无形的压力,震慑或督促着相对方按照合同约定履行,有利于权利人完整权利的周全保护。但不可忽视的是,正如权利的实现需经历一定的期间一样,在缺陷出现时,斗争本身也需要一定的期间,通过斗争来弥补缺陷的过程无疑会拉长权利实现的时间段。

4. 确定权利实现的原则——对宁滥勿缺的容忍

履约过程中,权利人难免会出现“委曲求全”的情形,但“委曲求全”并非无限度的忍让。在具体合同的履行中,权利人忍让的极限为义务人的违约行为不能影响核心权利的实现,或不影响作为手段使用的权利的实现,这就是权利人在履约过程中能接受的“最低限”。最低限原则体现的是宁滥勿缺,“滥”是指权利人实现的权利虽然不完全符合合同约定,但在特定的时间能满足权利人的急迫需求,此时,“有”与“没有”的重要性已超过了“好”与“不好”。

“最低限原则”要求审查人员区分事物的轻重缓急。所谓“轻”,是指不会对核心权利的实现形成制约的其他权利;所谓“重”,是指实现核心权利,消除制约核心权利实现的因素;所谓“缓”,是指可放缓实现非制约性的

权利,即按照合同约定应实现的权利因相对人原因不能及时实现,如该权利未及时实现并不会制约核心权利实现,则可不用立即启动救济程序;所谓"急",是指消除制约因素,确保核心权利按规划时间实现,"消除"可以是主动消除相对方制造的障碍,也可以是通过主动妥协来消除影响核心权利实现的障碍。在合同领域,轻重缓急体现出较强的相对性,在特定时间段比较急迫的事情,随着时间推移可能变得不再紧急,反之亦然。

[**案例 13-15**]甲公司承接了某市重点项目,施工期间,市领导准备视察,施工单位为给领导留下美好的印象,决定对施工工地进行美化而委托乙公司打围并张贴彩色喷绘。对甲公司而言,在领导视察前"急迫"的事项是按合同约定完成打围及张贴彩喷;可以"暂缓"的事项是乙公司提供打围材料的材质是否合格、是否有相关产品质量证书、施工的质量只要不影响美观,是否存在问题,结算票据是否按时开具。领导视察完毕,之前暂缓的事项由于涉及费用结算,于是质量问题、票据问题则变为"急迫"的问题。

因此,"最低限"原则具有较强的阶段性,确定"最低限"原则应依据拟实现阶段性目标。正常情形下,书面合同签订后,被固化的是"理想状态"下的合同目标,其中包括权利实现的程序、步骤、时间、形态等因素;接下来,当事人会对权利的实现步骤予以分解,明晰阶段性目标及问题出现后的应对策略。但我们注意到,该分解行为针对的对象是理想状态下权利的实现,如完全按照合同约定予以分解确定阶段性目标,此时的阶段性目标一样属于理想状态下的目标。这种分解行为虽能对具体合同执行机构起到引导作用,但由于未区分轻重缓急,在多变的实践中,很容易卡壳。正确的做法是除了对理想状态下的阶段性目标予以分解外,还应在合同签订后,从合同签订的根本动因出发,即从为什么签订该合同出发,对核心权利予以分析,尤其对作为工具使用的合同,应明确核心权利实现的最低限度,然后依据该最低限度,确定阶段性最低限度目标,并制定相应对策确保最低目标的实现及最低目标都未能实现的替代方案和救济措施。

5. 灵活把握权利实现时间——进退自如地控制权利实现时间

无论是"委曲求全",还是确保最低限目标的实现,都不等于放弃完整的合同权利。"委曲求全"和"最低限原则"作为策略只是推迟非核心权利实现的时间。灵活把握权利实现的时间包含两个方面:首先,对不能暂缓

实现的权利,或暂缓实现会从“质”上影响权利人其他权利的实现的部分,应确保权利实现的及时性,因该类权利的实现事关合同签订的必要性,为确保及时实现,权利人可以适当做出让步,包括暂时性容忍义务人的违约行为,或调整权利实现的顺序、步骤;其次,救济本身是权利的内在因素,对权利人而言,在义务人因违约行为而造成权利实现的不完整,或不及时,则意味着义务人将付出更大的代价,至少,权利人因此遭受的损失会得以弥补。既然推迟实现不影响大局,且推迟实现不会造成利益减损,何必拘泥于合同规定的时间和程序。因此,在核心权利实现后,或在不影响大局的前提下,对于义务人的违约行为,权利人应按照合同约定,或按照《合同法》的规定启动救济措施进行责任追究和损失赔偿,确保合同权利的完整实现。

四、权利体系的构建及审查的思维及技术

(一)复合型权利体系构建及审查

合同,尤其是较为复杂的合同,权利人的权利类型往往比较复杂,有些权利的实现具有即时性,例如,买受方向出卖方支付货款,买受方一旦完成支付,出卖方则实现了取得货款的核心权利;而有些则具有连续性,例如,培训合同,受训人掌握技能需要经过一个时间过程,其核心权利的实现存在一个积聚过程。有些权利只有完整的实现后,才会对权利人产生积极意义,这类合同在实践中较为常见,如普通商品买卖合同等;而有些则在部分权利实现时就已经符合权利人的根本目的,例如,某律师事务所参与一个大型国有企业投标,投标书中要求必须有类似企业的业绩,于是,事务所与类似企业签订《法律顾问合同》。事务所签订合同的根本动因是取得投标资格,顾问合同一旦签订,即使企业没有及时支付顾问费用,核心权利未完整实现也不影响其初衷。

如前所述,虽然经审查人员审定的合同在逻辑、规则及法律概念上都无可挑剔,从合同文本看,权利体系也许一目了然,但实践中,合同权利来源的多样性、不同阶段权利主体需求的变动、合同约定与履约中的差异性、偶发事件的出现都会使合同权利显得杂乱无章。因此,为了避免这种状况,审查人员可以尝试采用以复合型方式构建或审查合同权利。

(二)横向分析并安排合同权利

合同权利的构成具有构成因素多元性和权利之间有序性的特征。横

向分析着眼于具体合同在经济链条中所处的地位,解决的是权利的整体实现与当事人关联经济行为的协调性问题。合同行为在一定意义上讲是经济行为,社会分工的存在及细化,决定了合同往往是作为一个经济链条上的环节存在。横向分析是指将合同作为一个独立存在的元素,将其置于整个经济链条之中,分析其在链条中的地位、与其他行为之间的逻辑关系、相互之间作用和影响。

(三)纵向分析并构建及审查权利体系

1. 理想的权利体系构建的重要性

纵向分析着眼于具体合同内容,解决的是权利体系中多元权利之间的有序性和协调性的问题。合同在规划未来交换关系时需要依据一定的逻辑对各项权利进行有序安排,这种安排是以书面或其他形式固化权利主体对未来的主观判断,虽然预判与现实可能存在一定误差,但这并不代表可因此而轻视权利体系的构建及审查,哪怕这种安排在一定意义上是处于理想状态,因为即使是理想状态的权利体系也有着不可替代的作用:

(1)合同是理论上的行动纲领和弱者的底气。行为秩序的引导需要一定的行动纲领,行动纲领对秩序的引导体现在赋予合同的所具有的功能,合同锁定了交易平台功能、交易内容功能、交易方式功能、问题处理功能[1]。"底气"体现在合同中给予了弱者以平衡自身权利义务的手段并完成对强者的提醒及约束,是给予弱者以心理安慰的重要形式。利益的追求是当事人签订合同的根本动因,在口说无凭状态下打破利益平衡格局时,易受到伤害的是弱者,书面合同是对预先设定的利益格局的固化,这种固化给予了弱者莫大的心理安慰,使其拥有了与强者交易的底气。

(2)合同是比对标准和处理标准。认识到的"差异"是对比的结果,即将现状与之前树立的标准进行了比对而得出"现在与之前不同"的结论。理想状态下的合同设立的是各方当事人的行为标准,随着当事人实施履约行为,现实状态只有通过与之前确定的标准进行对照才会使权利主体发现差异。形成的差异可通过合同预先设定的程序予以弥补,也可以借助外力,如仲裁或诉讼予以调整。无论是自行弥补还是借助外力调整都须借助

[1] 吴江水:《完美的合同》,北京大学出版社 2010 年版,第 37-39 页。

于之前的标准。

2. 权利体系的审查思维——树立“如须予之,必先取之”的观念

既然合同是行动纲领和比照及处理的标准,则标准的制定,即权利体系的安排则需讲究相应的技巧。立足于交易达成的前提,在合同谈判及签订时,具体合同中的权利体系的构建应尽量使委托方处于“被命令”与“被请求”的地位。

被命令状态或被请求状态,是指一方当事人处于被相对方请求给付,或请求实施某种行为或不实施某种行为的状态。在合同领域,命令无时不在,这里所指的命令是指一方依据合同约定有权力告知相对方作为或不作为,处于命令地位的主体多为拥有请求权的主体。权利体系的安排之所以要尽量处于被动或被命令状态的原因可从考察命令的来源得到结论。在平等主体之间,没有隶属关系,合同是连接各方的唯一纽带,既然是这样,那命令只能来源于作为“纽带”的合同。双务合同中,处于命令地位的当事人有权要求相对方遵守承诺。而处于被命令地位的当事人则意味着已按约定获取了相应的权利,或是合同本身约定,或是法律规定一方当事人负有相关义务。由此观之,命令的来源有三:一是法律规定使一方当事人有权请求另一方当事人作为或不作为;二是合同约定使一方当事人有权请求另一方当事人作为或不作为;三是因当事人获取相应的权利后而负有相对应的义务。

表面上看来,处于命令地位的当事人占据着主动,抛开法律规定赋予一方当事人处于命令地位的情形,其他大多情形,占据主动的一方是以付出一定的代价为前提,即被动方之所以被动是因其之前获取了权益而负有对应的合同义务。实质上,处于命令地位的当事人并不像看起来那么主动,恰恰相反,其有时会非常被动。请求权的第一层含义是旨在获得某种特定的给付的要求。他人可以“请求”这种给付,但他人“实际”上能否获得其“期待”的给付,则是另外一回事了;请求权的另外一层含义将请求权定义为“要求他人为或不为一定行为的权利”。[1] 至于他人“为或不为”,或者如何“为或不为”也是另外一回事。请求权赋予权利人以期待的利益,

---

〔1〕［德］迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第37页。

但期待利益的实现需借助于他人的主动给付,或“为或不为”一定的行为,或者依靠国家强制力,通过诉讼或仲裁完成。在此意义上,该利益的实现并非权利主体能自主实现。

如前所述,平等主体之间命令与被命令地位的形成有赖于作为“纽带”的合同,取得命令地位的前提是“付出”。考察处于被命令地位的主体,大多数是在取得了实实在在的权利后,才负有了相应的义务。差异已非常明显,处于命令地位的主体是先付出而后获得期待的权利,且“期待的权利”并非是实实在在的利益,而是一种需借助外力才能实现的权利。处于被命令地位的主体,其是先收获而后付出。由此看来,看起来十分清晰的主被动关系在实质上却恰恰相反。审查人员在权利体系构建及审查上为使委托方处于实质上的主动,应采用“如须予之,必先取之”的思维方式。“如欲取之,必先予之”和“如须予之,必先取之”的核心都表现为“取”,在权利体系的审查思维中,两者颠倒的不是顺序,而是主被动关系。

欲做到“如须予之,必先取之”需清晰合同中的各类基础法律关系,并予以合理分解。清晰是指将合同权利由近及远分解为各类法律关系,再把法律关系分解为各项请求权,进而明确请求权的事实构成以及由该请求权为媒介得出的救济性和应规范的辅助性条款。“由近及远”是以核心权利为判断的标准,该标准的确定是以其对核心权利实现的影响程度为依据,而非拘泥于利益的大小。分解的实现方式包含正常和非正常的实现方式,正常实现方式立足于合同的顺利履行,非正常方式主要针对履约中出现的履约障碍及障碍的消除方式与措施。救济性条款的存在价值并非是为实施救济,而是为确保不启动救济,但如欲让“不启动救济”能成为最终的结果状态,则拟订的救济措施应有针对性和威慑力。辅助型规范的制定是为了权利的完整性实现,不同类别的合同体现了鲜明的个案性。值得注意的是,主动性思维框架下,请求权的分析应立足于合同各方当事人的需求而避免一厢情愿,即在“如须予之,必先取之”的观念指导下,争取使合同体系的安排使相对方尽量多的享有请求权,而让自己的委托方尽量处于被命令的地位。

3. 履约中实现权利的思维——务实、放任和备用

审查人员应意识到,合同的签订和交涉能力有关,而合同履行,除去客

观情况的变化,其能否得以顺利履行与当事人的品行、信誉息息相关。理想中与现实中合同文本之间的冲突的成因尽管多种多样,但当事人罔顾品行,或信誉而违反合同义务的情形也屡见不鲜。因此,在实现权利上应抱有务实、放任和备用的思维。

务实是指不抱守、不拘泥于合同约定,如在审查人员大局观章节提及的确定最底限原则、灵活把握权利实现时间都属于履约中应采用的务实策略。务实策略要求权利人坚守的是核心权利,而不是具体的合同文本的约定。在履约中若出现履约障碍,则分析该障碍对核心目标实现是否有影响,若会产生“质”的影响,则需分析障碍形成的原因,对症下药,排除障碍;若障碍不能得以排除而制约核心权利的实现,则意味着签订及履行合同的必要性丧失;若履约障碍不影响核心权利实现,且采用针锋相对的策略不会造成连锁反应而使核心权利受到影响或制约,即不会因小失大时,则可采用针锋相对的策略,否则,只能暂时放任障碍的存在。

放任是基于权利不会自动消失(因诉讼时效而使权利请求力被限制的情形除外)的原理和权利转化的特征,对于合同约定应实现的权利而因义务人违反合同义务未实现,且该权利未实现并不影响核心权利。权利人为顾全大局,放任义务人的违约行为,容忍权利的转化,在适当的时候再启动救济措施实现权利。放任具有暂时性,至于具体的时间长短,则完全由权利人根据具体情况自主决定。

备用是指因权利人的核心权利的实现不完整,只能暂时性满足权利人的需求,但从最终结果上看,未完整实现的权利制约或影响着权利人在本合同中的核心权利,或制约着权利人在其他合同中核心权利的实现。备用就是基于上述认识,在需求得以暂时满足的情形下寻找替代方案。关于替代方案的使用,理想情况下应在合同中予以明确,包括替代条件、启动时机、替代方案中发生的费用计算及违约责任的承担。如合同中未约定,操作中应注意遵守适当的程序并注意证据的保存。适当的程序包括替代启动的原因、证据,对义务人的通知、替代方案实施发生的费用依据、单据,替代方案实施发生费用的抵扣等。

4. 履约完毕秋后算账

此点已在从微观层面观察核心权利论述,此处不赘述。

第五节　以权利为中心审查合同的范例及分析

一、案例导读

[**案例13－16**]甲方是一家制造高压变压器的大型企业。其为了吸引客户,产品广告中承诺:如有客户购买两台以上某电压等级的大型变压器可为客户提供1个出国培训名额。乙方系一家大型电力施工企业,承建的藏区送光明工程中需要修建变电站。于是,乙方需要采购2台大型变压器,拟与甲方签订《变压器买卖合同》。

站在乙方的立场分析,买卖合同中,乙方的核心权利中的经济利益是取得变压器的所有权,安装到修建的变电站。人格利益是社会各界,包括乙方上级单位领导对乙方及乙方经营层的评价,由此可见,《变压器买卖合同》中并不直接涉及乙方的人格利益,但甲方能否按合同履行直接关系到乙方和项目业主签订的《变电站建设施工合同》的履行,而在《变电站建设施工合同》中,乙方的核心权利为取得建设工程价款和获取良好的社会评价。《变压器买卖合同》中,乙方的非核心权利包括取得1个出国培训名额、索要发票、提供适合运输的包装、配件提供、安装指导、售后服务等。

下面我们选取非核心权利中的提供出国培训名额、索要发票、提供适合运输的包装三项权利进行分析。其中,出国培训名额是筹码性权利,乙方可以放弃或进行利益交换;索要发票的权利属于重要性权利,因如甲方不能提供发票会影响乙方和业主的结算工作,但只要在乙方和业主结算前能够取得发票,甲方是否迟延开具并不会从质上影响乙方核心权利的实现;提供的适合运输的包装,直接关切到乙方能否按时启运、运输过程中是否安全。因此,提供适合运输的包装属于重要性权利,且其会对乙方核心权利的实现产生质的制约。

二、合同的核心权利与关联合同核心权利的逻辑关系

对于乙方而言,《变压器买卖合同》不能顺利履行,其与项目业主之间

的《变电站建设施工合同》很难得以顺利履行。例如,《变压器买卖合同》签订后,甲方按照合同约定的时间要求生产出了变压器,可以按合同约定交货,但却未及时交货,原因是乙方没有按合同约定支付相应比例的货款,而乙方未付款的原因是甲方没有按照合同约定先提供发票。单纯从买卖合同来看,乙方的行为无可置疑,但站在全局看,其行为则有失偏颇。

《变压器买卖合同》中体现的乙方的核心权利是经济利益,《变电站建设施工合同》中体现的乙方的核心利益除经济利益外还有人格利益。买卖合同中,未及时交货的根源在于出卖方。而施工合同中,未按时竣工的根源在于承包方,即使施工合同的承包方向买卖合同中的出卖方主张损失赔偿(损失范围包括因出卖方逾期交货而导致承包方未按时竣工的违约责任),经济利益的填补却并不能弥补人格利益的损失。从逻辑关系上看,人格利益的实现依附于经济利益的实现,即购买的变压器的质量是否合格、能否按时、安全地运输到工地,能否在甲方人员的指导下安装到位影响到乙方能否顺利履行施工合同义务,进而影响到对乙方的社会评价。正常情形下,既然人格利益依托在经济利益之上,那么审查买卖合同时,无须特别关注人格利益。但值得注意的是,特殊情况下,乙方为保全人格利益可能会以付出经济利益作为代价。例如,变压器的生产需要一定期限,实务中许多高端设备的供应往往是卖方市场,即使买受方提前下订单也存在不能按时交货的情形。此时,如乙方要求提前交货,或者由于各种原因致使甲方不能按时交货,即使甲方支付违约金也不能弥补乙方的人格利益所受损害时,乙方可通过经济利益的让渡换取甲方提前或按时交货的可能,这种让渡可在合同谈判时确定,也可能会在履约过程中确定。

三、最低限原则下的权利实现策略

权利的实现往往并非一蹴而就,审查人员审查合同时,应围绕核心权利的实现严格区分权利人在不同阶段的不同需求与痛点。在合同谈判阶段需分清主要矛盾和次要矛盾,合理配置合同条款,理想的状态是签订对相对方能强力制约的合同文本。在合同履行阶段,只要相对方的行为不在“质”上影响核心权利的实现,则无须过分拘泥于非核心权利,哪怕是重要的非核心权利,即能实现时实现,暂时不能实现时则“以退为进”,采用“由

近至远”的权利实现方式。

所谓“退”,是指在特定阶段暂时容忍非核心权利的约定实现时间被相对方拖延,暂时容忍实现的方式与合同约定的方式有所差异,“退”实质是一种妥协行为;“进”是指一切唯核心权利的实现为起点和终点。

例如,关于发票的问题。总体上看,发票是与项目业主的结算凭证之一,事关乙方的账务处理是否规范,因此,取得发票的权利是非核心权利中的重要权利,但在安装阶段,乙方取得发票的时间早晚并不影响乙方的核心权利实现。《变压器买卖合同》中约定乙方支付一定比例的货款后甲方才交货,同时,约定了“甲方在收款前应提交有效发票”的条款。履约中,如甲方未提供发票,乙方可据此抗辩不支付货款,这是合同应有之意,但如甲方割裂理解合同条款,以未收到货款为由抗辩,拒不交货。从争议解决的角度看,甲方的抗辩理由也许不能成立,但对乙方而言,看起来其是在依据合同争取应有的权利,但实质上却是因过分拘泥于非核心权利而影响了核心权利的实现,从经济的角度分析确实是得不偿失。因此,履约中,“针尖对麦芒”的策略固然是基于权利得以周延保全或完整实现的愿望,但如未区分轻重缓急,不懂得“以退为进”,最终即使追究了甲方的责任,乙方在经济利益上得以弥补,人格利益却难以恢复。

“由近至远”的远近是以距离核心权利的远近衡量的。上述案例中,在变压器安装阶段,甲方交付的变压器质量是否合格、其能否按时交货成为考察的重点,对乙方而言,该项权利的取得没有妥协与退让的余地,因其无法找到替代方式解决,以“按时取得质量合格的变压器”为中心衡量乙方在整个项目中核心权利的远近,则依次为:适合运输的包装—厂家提供的安装指导服务—售后服务,其中包装、安装指导为制约核心权利能否顺利实现第一要素。乙方由近至远地实现该类权利会使核心权利越来越完整。

但应注意,即使该类权利十分重要,但也非居于不可替代的地位,即在履约中,权利人依然可以暂时性妥协或退让。如于特殊情形,其可自行寻找专业人士包装、加固,或聘请专业人员指导安装。于此情形,双方无非是商讨成本支出的承担问题,而对该问题讨论,无论是时间、方式,甚至金额,主动权都掌握在乙方手中。

以退为进中的“退”并非真正的退让。合同履行完毕,或者在核心权利

已基本实现后,如何实现被暂时性妥协的非核心权利则完全由乙方自行掌握。如未开具发票、未提供适当的包装、未进行安装指导,或未及时进行售后服务等。依据权利可转化的特性,乙方均通过追究违约责任,而在经济利益上得到弥补。

四、核心权利内容中需细化的重点

(一)核心权利中重点关注的内容

审查人员在清晰具体当事人的核心权利、其与外部合同的逻辑关系以及具体合同中核心权利与非核心权利的逻辑关系后,应重点关注核心权利自身的内容,并在合同约定中予以固化。《变压器买卖合同》中,乙方的核心权利是出卖方按时交付变压器。其中,"时间"和"质量"最为关键。

"按时"中的"时间"界定相对简单,可以约定具体的交货时间或交货标志,对是否按时的判断也相对简单,不会引起争议。

交付"质量合格"的变压器中的"质量"则相对复杂。质量包括外在质量和内在质量,外在质量可直观感受,且可在包装拆除后的短时间内即可判定是否存在问题。正是基于此特征,外在质量是否存在问题在当事人之间引起争议的概率较小;内在质量无法直观感受,且往往在短时间内不能发现。因此,对于产品是否存在质量问题往往成为当事人争议的焦点。其中主要涉及的问题包括:第一,产品不能正常使用到底是因为质量问题造成,还是因为使用不当引起;第二,谁拥有鉴定产品是否存在质量问题的资质,如有多家机构可以鉴定,应交由哪家鉴定;第三,使用方单方送检所取得的结论对方不予认可如何处置,或者说是不是必须双方一致同意才能送交鉴定机构鉴定;第四,鉴定时需要缴纳的鉴定费用应先由哪方垫付。

(二)重点细化的成因与方式

1. 为什么要细化

细化是指将签约时的诸多不确定的因素进行分类,并在合同中约定处理程序和标准。例如,变压器在使用过程中出现问题,而出现问题的原因是多种多样的,包括:变压器本身存在的质量问题、安装单位的安装问题、买受方的操作问题、其他因素综合造成的问题、其他非因双方责任出现的问题。无论是因为上述何种原因导致变压器不能正常工作,买受方都会在

主观上倾向于认为产品质量问题,而力求由出卖方承担责任;出卖方则会千方百计化解买受方对产品质量的指控。双方各执一词,纠纷由此产生。

由此观之,纠纷的发生源于处理标准和程序的缺失,而使双方相互推诿。其实,从本质观察,相互推诿无可非议,因双方确实不清楚到底该由谁负责。情况不明时,为避免无辜承担责任,当下的策略自然就是推脱责任。因此,责任的推脱在实践中有两种情况:一是,明知自己有责任而推脱;二是,不清楚自己有没有责任先推脱了再说。"明知自己有责任而推脱"又包含两种情形:首先,明知自己有责任而对方没有责任;其次,明知自己有责任,但不清楚对方是否有责任。既然如此,审查人员在设置合同权利体系,尤其是在安排事关核心权利的条款时,应首先分析核心权利的内涵,其次实现封堵推诿责任的"余地",以便在争议出现时按照预定的设计处理。

2. 细化的内涵

细化是对履约中假定的、可能出现的变化及由此带来的争议处理方式的细化,其应考虑两方面:一是,细化责任确定的程序;二是,细化责任的承担方式。《变压器买卖合同》签订之时,质量是否存在问题属于未知因素,变压器交付后是否会出现不能正常使用的情形亦属未知,如出现不能正常使用的情形,则原因未知,上述未知因素恰恰可能是纠纷发生的导火索。从止争的角度来看,合同审查就是要避免纠纷的发生,约定此类合同条款的目的是在问题出现后双方能实事求是的共同采取措施查找原因,避免损失扩大,杜绝相互推诿。针对未知因素,审查人员在假定事件发生的基础上约定处理程序。例如,约定不能正常使用时的替代方案、鉴定机构、前期费用由哪方垫付等;在处理程序细化的基础上,将各自应承担的责任予以分配,即细化责任的承担。责任的分配包括两个层次:第一层,损失承担责任;第二层,损失扩大责任。损失承担责任自不待言,可以从救济模块予以完善,作为善后处理条款;损失扩大责任的设置目的是督促相对方履行配合义务,换一个角度观察,该类条款的设置也是将损失计算的方式在合同中予以明确。

五、非核心权利的重要权利及替代

核心权利的内容明晰后,应由近至远明确非核心权利的内容,力争在

签订的合同中固化。《变压器买卖合同》中乙方拥有的重要的非核心权利包括:适合运输的包装、安装指导、发票开具、售后服务、配件及资料。

关于包装中应涵盖三个方面的内容:第一,包装需要与运输方式匹配,因此需清晰运输本身的基本内容,如运输方式是陆运、水运或铁路运输,或多式联运,中途是否转运、吊装次数、吊装高度、道路状况;第二,针对具体的运输内容,预定符合安全运输要求的包装形式;第三,厂家提供的包装与买受方的要求之间是否存在差距,如需要特殊包装或加固,产生的费用及责任承担等。

安装指导条款涵盖的内容包括:安装人员到达现场的时间、安装指导的期间及买受方的配合义务、指导人员的工作内容、指导人员应具备资质和应具有的能力、指导人员不合适时的更换、指导人员的交通、住宿费用承担,厂家未按照合同约定时间,或未进行安装指导的替代办法及责任承担,如买受方使用替代方案后如出现不能正常使用的情形,是否影响关于产品质量的条款。

发票开具包括:出卖方提供发票的类型要求、时间要求、与付款之间的关系、主设备和配件的发票是一起开具还是单独开具。

售后服务包括:质保金的比例、售后服务内容、提供售后服务的时间(包括起算时间和终止时间),售后服务人员的到达时间、售后服务人员的费用承担、超出售后服务范围时发生费用的计算方式、质保期过后如需要额外服务的收费标准、出卖方未尽售后服务义务或售后服务不及时的责任承担及替代方案、质保金支付的时间、条件、扣除标准。

配件及资料包括:跟随主设备的必要配件的套数、具体内容,配件的型号、厂家、品牌、质量要求;免费提供和有偿提供的范围、配件更换的费用承担;提供资料的套数、培训等。

第十四章

合同履行关注(上)
——合同变更与条款设置

第一节　合 同 变 更

一、合同变更的内涵及类型

合同内容的变更是狭义的合同变更，内容变更指当事人不变，合同内容发生改变的情况。合同变更的类型包括：法定变更、裁判变更和协议变更。法定变更是指法律规定的情形出现时，合同内容当然地发生变更。例如，债务不能履行，且债务人不具有免责事由，原债务变更为损害赔偿债务；裁判变更是指基于裁判命令使合同内容发生变更。[1] 例如《合同法》第 54 条第 1 款第 1 项和第 2 项、第 54 条第 2 款，《民法通则》第 108 条规定，发生不可抗力，致使合同履行困难时，当事人可以请求法院变更合同内容，情事发生变更时，当事人可以请求变更合同内容；协议变更是指当事人通过协商就合同内容达成新的一致。

二、合同变更的关注点

（一）协议变更合同中对“协议”形式的认识

1. 法律规定的内涵

《合同法》第 77 条规定：“当事人协商一致，可以变更合同”；第 78 条规

〔1〕［德］卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下），谢怀栻等译，法律出版社 2002 年版，第 764 页。

定:“当事人对合同变更内容约定不明确的,推定未变更。”“协商一致”是当事人意思表示一致,并遵循合同订立的程序,完成要约及承诺。实务中,合同变更常见的模式是当事人签订补充协议或补充合同,这实质上是或至少类似签订了一个“新合同”,在该合同不被法律作出否定性评价时,自然对当事人产生约束力,也就是说,会发生合同变更的效力。

2. 协议变更中“协议”的形式

当事人没有签订补充合同而是签署会议纪要、备忘录或通过函件往来改变了合同中约定的条款,此时是否发生合同变更的效力?《合同法》第77条规定的“协商一致”并没有规定协商一致所必须采取的方式,没有限定是口头形式还是书面形式,因此,只要是意思表示一致,不论是补充协议还是会议纪要、备忘录或函件,均应发生合同变更的效力。

(二)合同变更能否采用“默示”方式

合同变更是当事人协商一致的结果,应遵循要约承诺的合同订立程序。《合同法》第13条规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺方式。”第22条规定:“承诺应当以通知的方式做出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作为承诺的除外。”可见,我国《合同法》关于合同订立上并没有禁止行为承诺。《合同法》第10条第1款规定:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。”此处所说的“其他形式”应该包含以行为方式所做的承诺。《合同法》第36条、第37条规定,当事人可以实际履行替代书面形式。因此,“默示”变更并不为法律所禁止,但其应属于同意变更的“例外”形式。合同审查人员,站在合同有序管理的立场和为了防范不必要风险的角度,应尽量避免“默示变更”的情形发生,除在合同中明确约定“书面一致”才能发生变更的效力外,还应关注实际履行行为和交易习惯对合同内容的变更。

第二节　合同更改与合同变更

一、合同更改的概念及判定

合同更改又称合同更新,是指债务人和债权人成立新债的同时消灭旧

债的合同。合同内容的更改是指合同约定的内容发生了实质性变化。

实质性变更包括合同标的的改变、履行数量巨大的变化、价款的重大变化和合同性质的变更。[1] 我国合同法虽没有规定合同更改,但合同更改与合同变更在客观上存在的区别,会对当事人的权利产生质的影响。合同更改是消灭旧债成立新债的手段,对于旧债而言是一种债务消灭原因。正因为旧债消灭,所以旧债上所附着的利益与瑕疵一并归于消灭。[2]

二、实务中合同更改应关注的问题

(一)合同更改对于担保条款的影响

合同更改没有取得担保人同意的,担保人对新的合同不承担担保责任,我国《担保法》第 24 条规定:"债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。"合同更改既然是消灭了原合同,保证合同当然被消灭,即如果发生了合同更新,原合同附有担保的,必须取得担保人同意,担保才能继续有效。[3] 在此,审查人员要排除对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 30 条规定的误解。第 30 条规定:"保证期间,债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、利率等内容作了变动,未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务的,保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任;如果加重债务人的债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人对主合同履行期限作了变动,未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或法律规定的期间。债权人与债务人协议变动主合同内容,但并未实际履行的,保证人仍应当承担保证责任。"这一条款规定的实际上只是合同变更,[4] 而非适用于合同更改的情形。当然,对于合同更改的实质性内容变化并没有法律规定,至于所谓的履行数量的巨大变化、价款的重大变化的度也没有一个具体衡量的标准,但这并不能否定合同更改对合同担保造成的影响,至少会因为

---

〔1〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 166 页。
〔2〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 451 页。
〔3〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 167 页。
〔4〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 167 页。

当事人理解的差异而使纠纷发生的概率上升。

(二)避免因合同更改而造成严重合同漏洞

1. 合同漏洞

合同漏洞是指如履行地点、时间在原合同中有明确约定,而囿于当事人的认识差异,误将合同更改认为合同变更,致使新合同的约定不明确,形成约定漏洞,而合同履行地和履行时间对当事人具有重要意义。

2. 变更中涉及的履行地点的意义

(1)履行费用的分配。《合同法》第 62 条第 3 款规定:“履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标的,在履行义务一方所在地履行。”显然,合同法采取了“往去主义”的立场,而这势必涉及合同履行的费用的承担。

(2)风险的转移。《合同法》第 142 条规定:“标的物毁损、灭失的风险,在标的物交付之前由出卖人承担,交付之后由买受人承担,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”可见,合同法原则上采取了交付主义,而履行的地点就是交付的地点。

(3)诉讼管辖地的影响,在新合同对诉讼管辖地没有约定或约定不明确时,履行地点成为确定管辖的主要依据之一。《民事诉讼法》第 23 条规定:“因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 18 条更进一步明确了合同履行地的概念。常态下,诉讼管辖地的变化除去对诉讼费用的支出有影响外,不应做其他解读。但实务中,无论是合同主体还是审查人员,之所以看重诉讼管辖地法院主要是考虑自己“资源”的运用,尤其在合同争议势均力敌的情形下,“资源”的利用至少可以给占有方以心理上的安慰。

3. 变更中涉及履行期限的意义

合同履行期限是否明确涉及诉讼时效、违约责任及当事人的履行随机性。同理,更改合同成立后,新债务因此产生。此时,新债务并非旧债务的延续,二者之间不具有统一性。因此,债务人不得再对债权人主张旧债务的抗辩。由于旧债务因合同的更改而消灭,债务人不履行债务时,债权人

只能依据新的合同关系对债务人主张权利。[1]

(三)合同更改后对违约方的责任追究

值得注意的是,在更改合同成立后,原合同消灭。若在原合同的履行过程中,合同一方主体有违约行为,而合同更改时并未涉及,那在合同更改后,非违约方是否可以依据原合同关于违约责任的规定要求违约方承担违约金?

[案例14-1] 甲公司与乙公司签订一份《房屋租赁合同》,合同约定甲公司将自有的第9层写字楼租赁给乙方使用。租金每半年支付一次,合同签订生效后30日内,支付半年租金若干元。如乙公司逾期支付,每逾期一天应向甲公司支付应缴纳租金每日万分之三的违约金,逾期超过90天,甲公司有权解除合同。在《房屋租赁合同》签订后,乙公司没有按合同约定支付租金,逾期共80日。后经双方协商,将楼层变更为18层,重新约定了租金及支付方式,但对于乙公司按照原合同应支付的违约金没有涉及。在新合同成立生效后,甲公司能否请求乙公司支付违约金?答案是肯定的。更改合同成立后,旧债务消失,旧债务从属的债务和担保,如利息、违约金、物的担保、人的担保,均随之消失。[2] 此处所指的"违约金"应是违约金条款,且是在当事人未违约的前提下,其发生消灭的效力,而非指即使合同一方主体违约,但鉴于新合同成立,承担违约金的责任也消灭,非违约方不能依据原合同追究违约方的责任。《合同法》中虽然没有关于合同更改的规定,但是违约金是当事人预先确定的一种独立于合同债务履行之外的给付。[3] 因此,原合同即使因合同更改而归于消灭,也不影响当事人依据原合同主张违约责任。

由此可见,在合同更改的场合,可适当借鉴合同解除效力的理论,不过,无论采取"法律拟制手段",还是采取"债务转换说"或"清算关系说"予以解释,对此类问题在实务中的解决均无太大影响,但应注意的是,在合同更改的场合,并不能简单地认为更改的效力仅仅局限于新合同的成立消灭

[1] 崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第531页。
[2] 崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社2012年版,第531页。
[3] 谢鸿飞:《合同法学新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第412页。

了原合同及原合同的从属债务和担保,其中还当然含有衍生出除更改后的合同外的、新的债权债务关系。

三、合同实务中的策略

从合同更改带来的影响看,即使我国《合同法》中没有对合同的更改作出规定,审查人员也应引起高度重视并可采用以下策略应对:

(一)担保的处置策略

在涉及合同担保时,应取得担保人的同意,以免使债权人的担保落空而造成被动,当然站在债务人或担保人的角度则另当别论。

(二)关联条款设置

1. 统一性丧失的规避与放任

在涉及合同内容变化的时候,如不能确定该变化是属于合同变更还是合同更改,可从加强原合同(原条款)与新合同(新条款)的关联性来预防被认定为合同更改而带来的影响。合同变更要求变更前后不失统一性,而合同更改是新合同消灭原合同,更改已使合同关系失去统一性。由此可见,判断是否丧失"统一性"成为判断是否构成合同更改的一个重要指标。基于此,审查人员可不必花费大量精力去判断是否构成合同变更还是合同更改,即应当以有助于保持"统一性"、加强"关联性"的方式处理。

2. 具体条款设置

在条款变更时对于变更前的有意义的合同条款,在变更后直接引用,或如因策略考虑不能引用的可以明确前后的"关联",即在变更后的法律文件中明确转介内容。例如,"本协议中未约定事宜按照××年××月××日签订《××合同》的约定执行(见合同必要附件)",或"××年××月××日签订《××合同》中约定的条款与本合同冲突或矛盾的地方,按照本合同约定处理,本合同未约定的事项按照《××合同》的约定执行"。此种关联条款建立在合同变更的情况下的效力毋庸置疑,即使属于合同更改,归于消灭的是原合同的效力,而并未禁止使用原合同中的文字表达部分。因在实质上,关联性约定已将原合同中约定条款的文字部分从原合同中分离出来,成为新合同的条款,只是表述的方式与常态表述不同而已。即在合同

更改的场合,原合同中的文字表述被转介到新的合同,相对原合同而言,其失去了作为合同条款的意义,但作为文字的意义依然存在,被转介到新合同后,被赋予了新的意义。

(三)合同变更中的条款联动性与一致性

在实务中,无论是对合同内容的变更,还是在存有合同变更的前提下解决纠纷,审查人员还需关注合同变更的"一致性",即关注合同条款之间的联动性,避免出现某个条款已经明确并更,但关联条款未明确变更而被推定为未变更的情形。

[案例14-2] 河南省郑州市中级人民法院(2008)郑民初字第215号《民事判决书》中记载,甲公司与乙公司在2006年9月签订三份买卖乙二酸订单,约定乙公司向甲公司订购乙二酸,每份订单数量为1000吨,价格为2500美元/吨,付款方式为信用证付款,三份订单的装运日期分别为2006年10月、11月、12月。三份订单生效后,双方如约履行了第一份订单。甲公司在已经为履行另外两份订单做了备货前期准备工作的情况下,要求乙公司开具信用证。履行合同义务之时,乙公司提出单位发生严重停电事故,为降低原料库存,请求迟延履行另外两份订单,并拒开信用证。甲公司同意将两批货的发货时间向后推迟至2007年1月至2月期间,同时明确要求乙公司必须在2006年年底开出两份订单为2000吨货物价值的信用证。2007年1月至2月期间,乙公司没有依约开出信用证,且以货物市场价格发生变化为由(2007年1-2月期间,价格每吨下滑了1771美元/吨左右)拒绝按照订单价格履行合同,双方发生争议诉至法院。甲公司主张乙公司已经根本违约,要求解除合同,赔偿损失;乙公司则以发生了双方无法预见的情势变更为由,请求法院变更合同并继续履行。受理法院经审理适用《合同法》及《合同法司法解释(二)》中关于情势变更的原则判决解除合同,并由乙公司赔偿甲公司预期利益损失的30%。[1]

对此,我们无意对法院的判决进行点评,但从该案中可以看出合同变更时合同条款变更"一致性"的重要性及"推定合同约定未变更"在实务中

---

[1] 李杰、李宗胜主编:《合同之诉——不同视角下合同案例审视》,法律出版社2015年版,第207-210页。

的意义。在案例 14 -2 中,甲公司的义务是交货并受领货款,乙公司的义务是支付货款并受领货物。乙公司在发生严重停电事故后,为了减轻库存压力,提出迟延履行另外两份订单,其变更的合同条款是“推迟受领货物”,并未提出变更付款义务条款,只是以“拒绝开具信用证”的行为不支付货款。正常情况下,乙公司提出推迟受领的同时应对合同的关联条款即付款义务条款提出变更,而不能当然认为推迟受领必然导致可推迟付款。如果当时甲公司没有要求乙公司最迟于 2006 年年底开具信用证,则乙公司的付款义务条款没有变更,其还应按照变更前的约定履行开具信用证的义务,否则就会构成违约。同理,若此时甲公司仅同意乙公司迟延收货,而不提出要求乙公司必须在 2006 年年底开具剩余货物的信用证,则推定合同付款条款没有变更,甲公司收取货款的时间应以订单达成的时间为准。在案例 14 -2 中,乙公司同意推迟发货,并要求乙公司必须在 2006 年年底开具剩余所有货物的信用证,至此,双方就合同变更达成一致。变更的内容是:货物的交付从 2006 年 11 月和 12 月每月一批,变更为在 2007 年 1 月至 2 月之间交货;付款时间从订单约定的时间变更为 2006 年年底之前。合同变更前,乙公司收货和支付货款在时间上基本同步,变更后,乙公司支付货款和收货的同步性被打破。造成这种现象发生的原因是因为乙公司在提出变更合同条款时没有注重合同条款的“关联性”,如果甲公司不提出最晚的付款要求,则乙公司收货和付款的时间差更长。显然乙公司将自己处于不利地位。之后,乙公司拒开信用证的行为是违反合同约定的行为,并不能起到变更合同条款的作用。在纠纷被法院受理后,乙公司提出在 2007 年 1 月至 2 月货物价值严重贬损,发生情势变更,请求变更合同时,甲公司应以“乙公司迟延履行”即乙公司迟延付款来对抗乙公司的主张。迟延履行期间发生情势变更,能否适用情势变更原则? 对此,学界存在不同的看法。但这时不妨参考不可抗力的处理方法。不可抗力作为免责事由在迟延场合受到限制,“当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任”(《合同法》第 117 条后段)。举重以明轻,对情势变更也可以作同样的处理。换言之,在当事人履行迟延期间发生情势变更,应否定情势变更原则的适用。这一立场的理论依据在于,作为情势变更的要件之一,强调情势变更的发生不可归责于当事人。情势变更发生在债务人履行迟延期间场

合,情势变更的发生本身已可归责于债务人。[1]

试想,若甲公司在诉讼中以乙公司迟延履行的理由对抗乙公司情势变更的主张,无论最后法院如何认定,至少甲公司在诉讼中,对自己的权利保护增加了一层防御。

〔1〕 李杰、李宗胜主编:《合同之诉——不同视角下合同案例审视》,法律出版社 2015 年版,第 220 页。

第十五章

合同履行关注(下)——履行障碍与条款设置

第一节　履行障碍概述

一、履行障碍的内涵

合同是当事人基于一定的目的对未来交易关系的规划。合同目的的实现,需借助于合同的正常履行。但在合同规划的过去、现在和将来之间总是存在差异,这种差异或多或少地影响了合同目的的实现,表现在未来履约过程中,则是出现了履约障碍,进而影响到合同目的的实现。因此,消除履约障碍对合同当事人而言,是其实现合同目的过程中的重要步骤,相对于审查人员则是止争的关键。合同目的既包括经济利益目的,也包含人格利益目的,但无论是影响到合同当事人的经济利益目的,还是人格利益目的,都构成履约障碍,由此可见,履约障碍和合同目的是紧密相连的。

二、构建履约障碍合同审查的思维基础

(一)立法体系和合同审查的思维差异及矫正方式

1. 立法体系思维模式:抽象的法律规范与具体的法律后果差异化

(1)从立法体系思维模式的合理性到合同审查实用性思维的突破。合同法的立法目的是指导合同当事人确定合同权利义务,规范当事人构建权利义务,对当事人被损害的权利建立救济功能,并通过制裁结果的展示震慑相对方,达到迫使其自动履约的效果。《合同法》通过对市场主体交易行

为的指导、规范、救济和震慑功能,实现维护交易安全和交易秩序的根本目的。其中,一旦履约障碍出现,对合同主体的救济就要从两个层面着手:在消极救济方面,即通过制裁"结果"的展示,对合同主体形成震慑,使合同一方当事人出于对法律制裁的畏惧而主动消除履约障碍,使合同回归正常履行状态;在积极救济方面,即在出现损害合同主体权利的情形,在合同一方当事人不理睬合同条款约束时,应合同当事人的请求,按照法律规定或合同约定作出裁决。

立法体系是为了避免出现法律漏洞,往往以法律后果的展示作为划分当事人行为规范的基础,在履行障碍中体现以"地毯式"覆盖性规定来堵塞违反合同义务逃避法律追究的任何行为,这种法律规范的优点是避免了对履约障碍的重复性描述,实现了法律规范的简约化,但在现实市场交易中,由于履行障碍形态和法律后果要求当事人承担举证证明的责任,现实和法律规定脱节,从而使法律条款成为"水月镜花",所以,这种法律规定不可能涵盖社会生活的方方面面,规范经济生活中出现的全部履行障碍情形。实际上,立法体系之所以能做到"简洁"且"无遗漏"是因为使用了履行障碍的上位概念,即放弃了对履行障碍的具体描述而使用了"不履行义务和履行义务不符合规定"的抽象概念。而合同审查的思维应该在法律规范的基础上,超越模板化的法律规范,体现不同的履约障碍法律后果的差异化,这是长期囿于立法者和合同审查人员的思维障碍。

(2)《合同法》的立法思维模式与合同审查思维的定位差异。我国《合同法》以"不履行义务或者履行合同义务不符合约定"为中心,构筑违约责任法的体系,具体规定了强制执行、赔偿损失、违约金等责任方式,总体上属于"救济进路"模式。由于《合同法》明文规定了金钱债务的不履行(第109条)、非金钱债务的不履行(第110条)以及瑕疵履行(第111条),这些条文规定的同时具有"原因进路"的特征,也就是说,《合同法》实际采取的是"原因进路"与"救济进路"混合体系的立法模式,但立法思路的重点仍然在"救济进路"方面,兼顾"原因进路"。[1]

我国"救济进路"模式下《合同法》的立法体系所采取的思维模式是从

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第368页。

具体的法律后果到抽象的事实要件的思维模式,并通过《合同法》的条文得以体现,客观上形成了“重结果、轻形态”,其功能的侧重点也被误认为是“重救济和震慑”而“轻指导和规范”。在市场交易状态下,我们就会发现这种法律规范无处不在,但是,应用起来总有一种缺憾,合同审查人员必须透视出立法者在法律规范上无法具体体现的局限,从法律规范的抽象性角度,通过“轻救济和震慑”,实现合同审查的“重指导和规范”目的。

2. 合同审查思维模式:特定的合同行为针对不同的法律后果

(1)救济模块设立的出发点:实现合同目的。市场交易过程中,合同审查人员构建合同的权利义务体系时,对于救济模块的设计,如抗辩权、解除权、违约责任在整体的合同体系中占据了至关重要的地位。需要注意的是,救济模块本身并非是合同主体构建合同的终极目的,合同的签订是为了通过正常履行实现合同目的,一般而言,当事人设计救济模块期待其所发挥的功能是震慑和纠偏,如合同一方主体在履约阶段实施的行为失当,明确履约障碍将面临不利的法律后果时,通过震慑督促其自动履约,矫正合同主体偏离方向的行为,使其回到预定轨道,而不仅仅是追求对合同相对方的不利后果,所以,救济模块的功能无论是震慑还是纠偏,目的都是保障合同的正常履行,实现当事人的合同目的。至于合同主体启动救济板块提起诉讼或仲裁,并在纠纷解决时引用救济条款追究相对方的违约责任实属无奈之举,甚至从一定意义上讲已经背离了合同主体签订合同的初衷。因此,合同体系中设置救济模块的目的,尤其是设置违约责任模块的出发点是为了实现各方当事人的合同目的,而绝不是为了适用救济权利的约定而设置。

(2)立法体系思维局限性与合同审查思维确立:优化组合。简单的合同构建思维,如采用合同法立法体系的思维,势必会忽略影响权利实现的具体行为形态,从而出现将合同主体的失当行为均抽象为“义务违反”或“不履行”的情形,客观形成“抽象行为”对应“具体结果”的局面,必然缺乏如何从“抽象行为”实现“具体结果”的环节。这样的思维模式下构建的合同权利义务体系有失针对性。实践上,合同类型的多样性和个案性决定了合同主体关注权利的方式的多样性和个案性,合同主体在许多情况下对合同目的中的经济利益目的和人格利益目的各有侧重,这种侧重点的差异因

合同主体的地位、需求、环境、时间的变化而时刻发生变化,致使看似属于同类型的合同,甚至是同一个合同,其关注的核心权利也会存在质的差异,这无疑又增加了合同权利义务体系的复杂性,这种复杂性不可能用简单的"抽象行为"与"具体结果"对应来解决。

毋庸置疑,抽象出来的"义务的违反"和"不履行"能够涵盖履行障碍的各种形态,但抽象出来的概念是否准确的基础是对事物共同的、本质性的特征的归纳是否准确。《合同法》的普适性决定了生效的法律条文必须能适应社会生活中多种多样的合同,这也事关《合同法》的生命力能否得以延续。普遍适用性必须同时具有正确性和对社会变化的适应性,这决定了《合同法》对立法体系的选择和立法技术的使用方向只能通过对概念进行高度抽象,才能避免顾此失彼形成法律漏洞,也只有高度抽象才能使制定的《合同法》适应随时变化的社会实践。否则,《合同法》会因呆板失去生命存续的基础。

但对具体合同而言,审查人员必须关注其独有的特质,并围绕着该特质完成权利义务的安排,这种安排本身就是对抽象概念具体的诠释。换言之,在具体合同条款安排上应预判履约阶段出现的、可能影响权利实现的各种情形并以此约定应对策略。因此,审查人员在审查合同时,应采用与《合同法》立体体系不同的思维方式,即在保留和理解从"具体的法律后果"到"抽象的事实要件"的思维模式的同时,采用从"具体的事实要件"出发再到"具体法律后果"的思维方式,在签订的合同文本中,将作为事实要件的、抽象的"义务的违反"和"不履行"具体化,并针对被具体化的行为安排救济条款,只有这样,救济模块的设置才能做到有的放矢。

为避免遗漏,审查人员可适当使用从"抽象的事实要件"到"具体的法律后果"的思维方式去针对那些"不可预见"的、可构成履约障碍的行为类型,从而优化立法体系的抽象性法律规范,在转化为针对性特质条款的基础上,以拦截式条款的方式展现在具体的合同审查实务中。

(二)具体权利义务构建的合同审查思维方式

1. 准确界定合同目的

合同主体的合同目的包括经济利益目的和人格利益目的。合同主体利益的需求类型不同,决定了关注焦点的差异,焦点的差异又决定了合同

文本中救济模块设计的重点和保护内容的不同,具体的权利义务构建基础必须首先界定合同主体的合同目的偏好。

[**案例15-1**]女演员和制片人签订《演出合同》,若女演员主要是以经济利益目的,则救济模块的设计应围绕着成本支出,如交通、食宿和片酬的及时、足额支付以及逾期支付时女演员可采用的救济措施;若女演员以获取人格利益为主要目的,则救济措施应集中体现在影视形象的打造、台词的长短、宣传活动的开展及参与、影视作品的制作目的、播放范围等。

2. 界定以合同主体的核心权利为主的权利群

通常情况下,合同主体的权利与义务相互对应,合同的分类由主给付义务决定,不同类型的合同体现出不同的主给付义务不易混淆。但在实践中,固定的合同类型中体现的主给付义务与相对人的核心权利时常存在差异,审查人员如果在设定救济模块时不能关注到这种差异,救济模块的设定就很可能会起不到预期目的,正是由于这种差异的存在,审查人员必须将相对方"义务的违反"或"不履行"具体化,否则将与合同主体的核心权利背道而驰。所以,在界定合同主体核心权利的基础上,以此为核心设立权利群是合同具体审查的基本思维方式。

[**案例15-2**]甲公司收购乙公司股权是为了取得乙公司名下的一宗土地的使用权。甲公司与乙公司股东签订的《股权买卖合同》中,甲公司的主给付义务是支付股权转让价款,乙公司股东的主给付义务是交割股权,乙公司股东的从给付义务是交付乙公司名下的资产。但对甲公司而言,乙公司负有的主给付义务所对应的权利并非是甲公司的核心权利,即甲公司的核心权利并非是取得乙公司的股权而是变相取得乙公司名下的土地使用权。审查人员在审查《股权买卖合同》时若不能区分这种差异,未将可能使甲公司丧失核心利益的行为具体化,或者虽然对其具体形态进行了描述,但设定的救济模块仅局限在股权交割时则会有失偏颇。假如在履约过程中,甲公司关注的土地使用权出现变化而使甲公司无法实现核心权利,则甲公司受让乙公司股东的股权将失去意义。此时,既然甲公司受让股权已无意义,解除合同则成为甲公司的最佳选择,如果合同文本中使用的是抽象的"义务的违反"概念,或救济模块仅围绕着股权交割设置,从裁判者的

角度来看,土地使用权的变化并不实质影响《股权买卖合同》的履行,唯一的区别是由于股权作价的因素之一发生了变化,因而可通过减少股权转让价款来予以弥补。

3. 复合体系构建的必要性与方法:两级体系的打造

审查人员在正确认识《合同法》立法体系和合同构建体系的思维差异后,设计消除履约障碍时,须掌握正确的方法。如前文所述,《合同法》立法体系对履行障碍采用了高度抽象的描述,而构建合同体系时应具体描述可能出现的履行障碍形态,并据此制定应对策略,但考虑到审查人员不可能穷尽未来所有的不确定因素,因此,合同体系总体框架的构建可采取与《合同法》立法体系相反的体系模式,即在一级层面上结合合同目的和核心权利构建规制履行迟延、履行不能、拒绝履行、不完全履行等各种障碍形态,构建权利义务群,根据可能出现的障碍形态设置救济措施,如不同表现形式的抗辩权、解除权和违约责任。为了避免遗漏,可以考虑在二级层面上使用《合同法》关于"义务违反"和"不履行"的概括性规定,使法律规范变身为合同的拦截式条款。但需要注意的是,使用概括性规定的基础要尽量做到有的放矢。对合同中相对方负有的义务,要把握"有义务就应匹配责任"的原则,对合同中相对人的每项具体义务都应匹配具体的履行时间、程序、违反的后果以及具体的救济措施,做到"具体义务—具体法律后果—具体的救济手段"相匹配。在设置技巧上,包括违约责任在内的救济措施,并不一定集中到专门的章节,主次结合,宽严相济,在合同审查思维上同样应适用得当。

三、构建履约障碍合同审查思维的发展基础

(一)法学学术研究的薄弱环节

合同法的理论研究和合同审查的实务研究在社会实践中有着不同地位和作用,但即使是这样,也不能割裂学术研究和合同实务的关系。然而,目前我国和法学研究的现状是只讨论既定的合同文本,几乎不涉及合同制作,这容易导致学术研究与法律实务之间的割裂。合同制作应成为合同法

学研究的重要内容,而不应像现在一样,完全是律师的职业 know-how,[1]法学家们对合同的制作以非“肉食者谋之”的态度,不屑于研究,形成了汗牛充栋的合同法理论,许多被束之高阁的状态。

(二)合同审查实务的尴尬

合同实务界,审查及制定合同成为一种“低门槛、高技术含量”的工作。“低门槛”表现为负责合同审查及制定的审查人员可以停留在“知其然而不知其所以然”的状态,只要熟悉法律条款的规定,即使对法学理论无知,看起来也丝毫影响不到合同的制作及审查,实践中也不乏出现对理论无知的“成功者”。

“高技术含量”源于法律自身的特性,虽然法律如影随形地伴随着每个民事主体,但其专业性、枯燥性以及法律拟制性和现实的差异性,使法律不像文学、艺术、音乐那样让人们喜爱并或多或少的具备欣赏、鉴别能力。“高技术含量”和“低门槛”本来应格格不入,但之于合同领域却显得那么融洽。这种现象的出现从一个侧面反映了合同法学理论和合同实务的割裂已达到了无以复加的境地:合同法实务生活在地球上,合同法理论似乎生活在月球上,而且二者还各自自得其乐,这绝不是理论和实践有机结合应该追求的境界。

(三)学术研究与合同实务应有的良性关系

1. 从法律上说,合同制作的核心要素之一就是如何将《合同法》的规定转化为合同中的规定。合同的制作是要将《合同法》规定的事项尽可能以约定的方式展现,在合同中尽可能约定当事人之间的权利义务和各种纠纷的解决规则。[2] 这应该是合同法学术研究和合同法立法目的所追求的最高境界。

2. 从合同审查上看,合同审查的核心要素之一是将《合同法》条款中的抽象概念具体化。在合同文本中,将《合同法》展示的“具体法律后果”对应到合同条款中的“具体行为”,而不是简单转借适用或照抄《合同法》的规定,在经审查人员加工后的合同文本中放任法定的、具体的法律后果依然对应着抽象的法律行为,其结果就是合同条款虚无化。

---

[1] 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 652 页。
[2] 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 652 页。

审查人员在将《合同法》规定的内容进行转化时,需要从合同的目的出发,根据自身的合同地位、商业环境等因素,或排除适用《合同法》中的任意性规定,或对具有强行法特征的规定进行有效变更,或在《合同法》没有相关规定时,将法学理论的内容转化为权利义务条款,即在具体合同中,通过合同主体的约定赋予法学理论以实务性拘束力,这是合同审查实务超越法律条款、具体应用法学理论的方式,也是合同审查实务思维发展方向。

3. 从裁判上看,法院或仲裁机构解决纠纷的流程是由争议当事人提供证据展现案件事实,到裁判者对形成的证据去伪存真,通过说理明确裁判机构查明的案件事实,最后依据查明的事实适用法律规定作出裁判。裁判的核心要素是对事实的认定和说理。对事实的认定并非是对已有证据和证明力的简单梳理,其中含有充分的推理。推理的目的是揭示内在逻辑关系,然后根据逻辑关系进行充分说理。当然,揭示内在逻辑关系本身也是一个说理的过程,但揭示逻辑关系并不等同于充分说理。

揭示逻辑关系的依据是合同文本的约定和在合同履行过程中产生的证据,通过发现已有证据之间的逻辑关系去寻找合同逻辑关系的合理结论。实践中,揭示已有的证据之间的逻辑关系并不总能得出一个可让人信服的结论。因此,裁判者的说理变得必不可少。说理包含了对合同约定条款的解释、合同未约定部分的认定、法律规定的阐释,认定或不认定证据效力的理由,甚至含有立法背景的交代和法学理论的阐述,其最终目的是探究事实真相,推导出裁判的结论并以此佐证裁判结论的正确性。这是立法的局限性和社会生活的多样性所决定的,它决定了裁判者失去了机械套用法律规定的机会,无可厚非地将法学理论运用到裁判中,这又在客观上推动了法学理论的发展,也会指导合同审查实务的不断变化。

4. 从法学理论的发展上看,合同法学理论并非凭空出现,它的成型和发展无法脱离社会经济生活。合同法立法体系依托于成熟的法学理论,指导并规范着实务中的合同行为,并在指导和规范的过程中不断经受着实务的冲击,接受着实务的检阅,发现和弥补自身的缺陷,使法律体系更加规范和严谨。立法体系的发展和缺陷的弥补的反作用力传导到法学理论,促使法学理论不断得到修正、内涵不断得到丰富,这又推动了法学理论的发展,合同审查实务就在这三位一体的传导中,不断转化思维,不断用于实务。

所以,正常情形下,社会经济生活—法学理论—合同实务(含合同纠纷解决)应在一个闭环中起到双向的作用与反作用,其相互检阅、相互促进、相互发展,唯有如此,法学理论和法学实践的发展才能步入良性循环,也只有如此,合同审查实务才能在合同法学理论的指导下,不断发展壮大。

四、履约障碍形态与合同审查的有的放矢

(一)研习履约障碍的意义

如前所述,我国《合同法》的立法体系采用的是“救济进路”,那么既然立法并未完全采用“原因进路”,没有区分各种不同的违约形态相应地规定补救措施,那么研习违约形态是否就没有什么实际意义了呢?其实不然,违约形态的研习,是深入研习违约责任所必需的。不同的违约形态,虽有不同的历史沿革,但却是长期以来人类通过对市场交易规则不断深化的结晶,这是解析违约行为的基础。违约形态论提示了不同违约形式的具体特征,一方面有利于加深我们对违约问题的认识和理解;另一方面不同的违约形态有着不完全相同的法律效果,成为分析和讨论违约责任的前提。[1]

(二)履约障碍与合同审查的有的放矢

1. 签约时围绕合同目的和核心权利明确是否排除或变相排除适用法律规定的具体条款

例如,作为履行障碍的情势变更原则,在合同谈判时,当事人可以约定排除适用该原则,或者变相排除适用该原则。在买卖合同中,若涉及的标的物价格常处于随时大幅波动的情况,当事人根据标的物的价格趋势,站在不同的立场分析适用情势变更原则的利弊,如排除适用利大于弊,则可约定排除,或者变相排除。这样,即使在履约过程中,出现不利于相对方的大幅价格波动,合同中关于排除适用的约定从根本上剥夺了相对方以情势发生变更为由提出变更合同价格条款的机会。相反,如果合同条款中没有关于情势变更条款的约定,在发生不利于相对方的大幅价格波动时,相对方可能会提起诉讼请求变更合同的价格条款。当然,相对方要求变更合同

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第368页。

价格条款的请求需要经过法院的审理才能确定,但这不妨碍相对方对损失减小机会的把握。在诉讼中,由于合同中未就情势变更的情形进行约定,合同的履行势必陷入停滞或争议状态,而履行停滞及争议的不确定性会对当事人的资金安排产生影响。若法院支持了相对方的请求,变更的标准因当事人无法主动把握而处于不确定状态。

2. 主动性对号入座

(1)行为与结果灵活统一。对号入座即明确特定的法律行为应引发相对应的、特定的、有效的法律效果。需要注意的是,特定的法律效果并不一定完全与法律条款的规定一致。换言之,在合同条款中根据当事人的诉求,充分利用"有约定从约定,无约定依法律规定"的规则,对于法律规定的条款与当事人的需求吻合的部分在合同中予以描述或忽略,对于具体法律规定与当事人的需求相悖,或法律规定不能满足当事人需求的,通过合同约定排除法律条款的适用,或对法律规定进行有效变更,从而实现动态的行为与结果理性对应。

(2)法律规定与约定的有机统一。审查人员研习履约障碍的不同形态的目的是掌握其本质、具体特征和相互之间的关联与区别,在此基础上,审视《合同法》的规定和当事人的需求之间存在的差异,即在合同未就履约障碍的消除进行专门约定的情形下,分辨履约障碍出现或权利人启动救济措施消除履约障碍时,《合同法》赋予权利人的救济措施引发的法律效果和当事人期待的法律效果间的差异;或在履约障碍出现后《合同法》赋予权利人多项救济措施,权利人选择适用的救济措施是否能达到当事人期待的法律效果。如果《合同法》规定的法律效果,或权利人选择的救济措施能够取得当事人预期的法律效果,则合同条款中是否予以约定就显得不再重要,反之,则需要在合同条款中进行约定。

(3)合同条款中约定对于履约障碍消除时需要注意几个问题:

一是,"定点排除"。即在履约障碍出现时,当事人不希望适用《合同法》规定的法律效果,并通过合同约定排除或变更法律的规定。《合同法》规定的救济措施具有"兜底性"和相对"公平性",若当事人签订的合同未约定救济措施,在一方当事人违约时,即使合同中没有关于违约责任的约定,当事人也可以适用《合同法》中关于违约方应承担的违约责任类型和损

失计算方式。

[案例15-3]甲公司与乙公司签订了一份《货物运输合同》,合同约定乙公司将电力设备配件从成都通过公路运输到拉萨,约定运输时间为30日,即从2015年7月1日起至7月31日止。乙公司在签订该运输合同时就知道该货物能否及时运抵拉萨事关重大,也知道雨季的川藏线道路易被泥石流毁损,更了解由于电力设备配件的特性,装运时需要采用特殊的保护措施,这种客观情形可以确定自己不能确保在7月1日能够装车发运,可能会出现延误。于是,审查人员根据上述具体情况,在合同中对不可抗力的条款进行了专门约定:"在合同履行过程中,如发生不可抗力事件,即使乙公司迟延发货,但如迟延不超过7个工作日,甲公司不应追究乙公司的责任。"《货物运输合同》签订后,乙公司由于启运的准备时间过长,致使迟延了发货时间。7月5日,川藏线因泥石流造成多处的大面积道路中断,致使乙公司在道路恢复的时间段里无法履行合同义务。由于乙公司在签订合同时,明确了在不可抗力发生的场合,即使其履行迟延,但如不超过7个工作日也可免责,因此,甲公司没有追究乙公司的责任。若当时在签订《货物运输合同》时没有类似约定,即使发生了不可抗力,乙公司也有可能会因迟延履行而被追究责任。《合同法》第117条规定:"因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。"

在案例15-3中,乙公司通过综合判断认为《合同法》关于不可抗力法律效果的规定并不符合自己期待的法律效果,且可能会给自身带来损害。因此,其通过合同约定变相排除了《合同法》中规定的对于迟延履行场合不能适用不可抗力免责的不利规定。定点排除的合同审查思路在本案中的作用是不容忽视的。

审查人员在通过约定定点排除或变相排除适用《合同法》的规定,或对《合同法》的规定进行变更或变相变更时应正确认识"有约定从约定,无约定依法律规定"的内涵。审查合同时,对于排除或变更具有强行法特征的条款,或国家必须干预的条款时,审查人员应该注意排除或变更能否发生当事人期待的效力,即合同文本中关于排除或变更《合同法》规定的条款是否有效。例如,《合同法》第114条第2款规定:"约定的违约金低于造成的

损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”《合同法司法解释(二)》第27条至第29条规定了调整的启动、方式和标准。审查人员如在合同中约定排除国家对违约金金额的干预权力,例如,在合同中约定:“本合同约定的违约金金额,在未取得合同双方当事人书面同意的前提下,不做任何调整和变更”,该约定在解决纠纷时,由于变相架空了国家对违约金金额干预的权力,法院或仲裁机构会根据《合同法》和《合同法司法解释(二)》规定的精神认定其为无效约定。换言之,在合同中针对特定行为或事项预定特定法律效果时,尤其合同中约定的条款排除或变更了《合同法》的具体规定时,审查人员应论证合同约定的效力,否则极有可能会造成“弄巧成拙的”的被动局面。

二是,“定点适用”。即在履约障碍出现时,如当事人可以选择多种救济措施,审查人员应针对具体的履约障碍,结合当事人的合同目的对救济措施的使用做到收放自如。《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”从法律规定和合同实务观察中看,在履约障碍发生时,当事人的救济措施主要集中在抗辩权、强制履行、赔偿损失、定金法则、违约金、合同解除、退货与减价等。在法律规定的救济措施中,有些可以并用如强制履行合同与违约金,《合同法》第114条第3款规定:“当事人就迟延履行约定违约金的,违约方支付违约金后,还应当履行债务”;在行使解除权的情况下,《合同法》第97条规定:“合同解除后,尚未履行的,中止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失”;在权利义务终止的状况下,《合同法》第98条规定:“合同的权利义务终止,不影响合同中结算和清理条款的效力。”《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法释〔2009〕40号)第8条规定:“合同解除后,当事人主张违约金条款继续有效的,人民法院可以根据合同法第九十八条的规定进行处理。”

如果在合同条款中未专门就救济措施进行明确约定的前提下,根据《合同法》及相关司法解释的规定,有些救济措施不能同时使用,如定金和

违约金的适用,《合同法》第116条规定:"当事人既约定违约金,又约定定金的,一方违约时,对方可以选择适用违约金或者定金条款。"再如赔偿损失和违约金的适用,《合同法司法解释(二)》第28条规定:"当事人依照合同法第一百一十四条第二款的规定,请求人民法院增加违约金的,增加后的违约金数额以不超过实际损失额为限。增加违约金以后,当事人又请求对方赔偿损失的,人民法院不予支持。"当然,该法律规定并不包含"当事人增加违约金前可以主张损失赔偿",之所以不做这种解释,主要源于我国法律对赔偿性违约金规定性质上为损害赔偿总额的约定,与赔偿损失不能并用。[1] 指导原则是填补性而非惩罚性。

在合同中对救济措施进行必要的区分,救济措施不能并用的局面就会得以改观。如前文所述违约金和赔偿损失不能并用,但这种不能并用需满足一定条件,即在合同中没有明确约定违约金性质,违约金请求权和损害赔偿请求权指向的损害属于同一损害;反过来看,如果在合同中明确了违约金的性质为惩罚性违约金,其与损害赔偿能够并用当无疑义。在合同中如果没有明确约定,或者套用《合同法》关于"义务的违反"和"不履行",违约金和定金不能并用是原则,例外情况如《买卖合同司法解释》第28条规定:"买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失,对方请求赔偿超过定金部分的损失的,人民法院可以并处,但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失。"那么,在原则范围内是否可以通过约定改变不能并用的局面呢?答案显然是肯定的。如当事人明确约定定金以拒绝履行、不能履行为罚则违约定金性质,而约定的违约金为逾期履行或不完全履行的违约金时,那么,当逾期履行导致不能履行时,或不完全履行导致不能履行时,定金与违约金的目的与功能已有所不同,则两者可以并罚。在拒绝履行导致逾期履行时,基于同样的道理,违约金和定金也可以并罚。[2]

审查人员在对履约障碍的形态进行深入研究后,根据当事人的合同目的结合合同的具体情况,在法律规定的救济手段可并用的情形,审查人员

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第664页。

〔2〕 崔建远:《关于制定合同法的若干意见》,载《法学前沿》(第2辑),法律出版社1998年版,第49页。

可根据需要选择是否并用，如当事人并不期待并用，审查人员需在合同中对救济条款予以固化，并约定排除其他救济手段。在法律规定的救济手段不能并用的情形，如当事人期待并罚，审查人员则可细拆障碍形态并分别赋予救济手段，通过细分损害事实的方式达到并罚目的，即约定的不同的救济方式针对的是不同的损害对象。或者通过明确救济措施的性质，如明确违约金为惩罚性违约金、明确定金性质等方式，达到并用目的。易言之，固化救济措施就是在对履约障碍形态及引发后果充分了解的前提下，根据当事人的合同需求，能够将可以并用的救济措施固化，排除并用，将不能并用的救济措施，通过合同约定达到并用效果。

3. 明确违约标准与相应的救济措施

违约行为违反的是当事人约定的合同义务和法定义务。从社会实践来看，违约行为种类繁多，成文法如何规定违约行为的样态及其法律效力，颇费思索。“义务的违反”和“不履行”虽对履约障碍的客观构成做出了一般性描述，能涵盖各种可能的履约障碍，但该描述却无法更深入地明确违约行为标准或程度，这也是立法无法逾越的一道鸿沟，但在具体合同中，违约行为的标准或程度不同，相适用的救济措施则必然有所不同，否则，就会失去合同权利义务科学构建的目的。

例如，《合同法》第94条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”，《合同法》第95条规定：“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。”在合同没有明确约定时，按照《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）的理解，在相对方催告的情形，解除权人在3个月内不行使的，则解除权消灭，如相对方没有催告，解除权在解除事由发生之日起1年内不行使的，则解除权消灭。但该解释针对的是商品房买卖合同纠纷，其他类型的合同纠纷并不能适用。

显然，迟延履行是一种违约形态，而迟延履行中的主要债务是由合同性质决定的直接影响到合同的成立及当事人订约目的的义务。催告是一

种行为状态,合理期限是在义务人迟延履行义务时,对债权人再次给予义务人的履行期限是否合理的评估。若在合同文本中没有关于上述条款的约定,则意味着迟延履行、合理期限没有约定衡量的标准,随便做哪种解释都无大碍。那么由于迟延履行一个小时,或一天,或一年并不影响债务人迟延的事实的存在,因此在解释上并无区别。同理,“合理期限”一样可以被随意解读为一分钟、一小时、一天或一年。按合同约定,债务人在履行期限届满前就应做好相应的准备并履行,在债务人迟延的场合,即使债权人再给予债务人一分钟的时间履行,债务人主张期限不合理的理由也不能成立。

主要义务根据合同性质所作出的判断基本会被认定为主给付义务,但在实务中,当事人的主要义务与合同类型中反映的主要义务可能会存在差异,作为合同解除必经程序的催告行为,也会在实务中存在多样的催告方式。根据《合同法》第94条第4项的规定,迟延履行无须催告就可以解除合同的存在两种情形:第一,迟延履行定期债务中的主要债务;第二,迟延履行非定期债务中的次要债务,致使合同目的不能实现。[1] 在合同中如果未就迟延履行的时间标准进行约定,在一定意义上意味着放弃了合同被消灭前的缓冲,此时的主动权完全掌握在债权人手中,而债务人的处境极其被动,在一定程度上也使债权人无从下手,从而使合同权利义务的履行出现一段真空,进而僵持,最后成为不可避免的纠纷,这就违背了合同订立的真实目的。

4. 固化救济措施适用的程序并明确证据要求

审查人员在合同中根据履约障碍形态可以对救济措施进行约定,但不可忽略的是,在约定救济措施时应明确救济措施启动的程序及应有的证据,否则极可能不会达到预期效果。约定救济程序的目的是在法律规定的框架下细化实施方式、明确时间概念,确保实现救济措施的效果;或对法律规定进行细化,便于当事人操作。前者如合同的解除权,后者如关于不可抗力的规定。

《合同法》第94条规定了当事人可以解除合同的五种情形,第95条规

---

〔1〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第246-247页。

定:“法律规定或者当事人约定解除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。”第96条第1款规定:“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的,应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号)第15条规定:“根据《合同法》第九十四条的规定,出卖人迟延交付房屋或者买受方迟延支付购房款,经催告后在三个月的合理期限内仍未履行,当事人一方请求解除合同的,应予支持,但当事人另有约定的除外。法律没有规定或者当事人没有约定,经对方当事人催告后,解除权行使的合理期限为三个月。对方当事人没有催告的,解除权应当在解除权发生之日起一年内行使;逾期不行使的,解除权消灭。”《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2004〕20号)第15条规定:“技术合同当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在30日内仍未履行,另一方依据合同法第九十四条第(三)项的规定主张解除合同的,人民法院应当予以支持。当事人在催告通知中附有履行期限且该期限超过30日的,人民法院应当认定该履行期限为合同法第九十四条第(三)项规定的合理期限。”《合同法司法解释(二)》第24条规定:“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议,但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的,人民法院不予支持;当事人没有约定异议期间,在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的,人民法院不予支持。”

梳理《合同法》和相关司法解释,涉及程序性规定的有:催告、通知和异议,上述程序性规定除异议的提起必须采用诉讼或仲裁方式和规定了异议期的最长期限外,其他的程序性规定均没有法律对他们作出明确规定,而这些均牵连到解除权能否达到当事人的预期效果。实务中,催告和通知的方式多种多样,有一般信函方式、特快专递方式、公证方式、诉讼或仲裁方式,对于异议期,法律规定了最长期限,具体到具体的合同,3个月的时间是长或短均需当事人根据具体的合同性质确定。因此,审查人员在审查合同

时应明确具体方式和时间，并同时明确未按约定的行为是否能发生预期的法律后果。如解除通知送达后，是否因被解除权人的书面异议而丧失解除效力，解除权约定的宽限期及其法律后果，均可以通过合同约定的形式予以固化。

在不可抗力发生时，《合同法》第 118 条规定："当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。"该规定在实务中的操作性不佳主要体现在：何为及时？何为通知的形式？如何界定合理期限？证明应具备什么要求？没有及时通知的法律后果是什么？没有在合理期限提交证明会带来什么样的法律后果？没有及时通知和没有在合理期限提交证明的法律后果是否相同？如不同有什么区别？审查人员在对不可抗力条款进行审查时，应就不可抗力事件发生后的通知时间、程序、方式和形式及未及时通知的法律后果进行明确约定，对于提交证明的合理期限应明确界定，对于证明的开具机关、证明的内容、形式应有明确要求，对于未在合同约定的期间提交证明的法律后果进行适当的描述，从而实现合同约定促进交易顺利完成、达到定分止争的效果。

五、履约障碍形态与合同纠纷的预防

（一）履约障碍概括性法律描述在合同实务中的局限性

1. 履约障碍形态的缺失导致救济针对性缺失

《合同法》规定的"义务的违反"和"不履行"能基本涵盖履约障碍的各种形态，而《合同法》给予权利人的救济措施也基本能对"义务的违反"和"不履行"提供概括式的救济。换言之，《合同法》中规定的救济措施总有一款适合"义务的违反"和"不履行"。但在概括式救济的情形下，针对一项具体的履约障碍，虽能从《合同法》中找出对应的救济措施，但这却并不代表其会自动适用。

假如《合同法》中规定了十项救济措施，在这十项救济措施的大范围中，肯定有 1 项或几项能为履约障碍提供救济，但究竟应该适用 10 项救济措施中的哪一项？在实务中，审查人员在合同文本中运用如不具体明确履约障碍形态而依托《合同法》已有的规定，或参照《合同法》的规定采取概

括式约定救济的方式,在一定程度上虽可避免合同条款的重复,但却牺牲了救济措施的针对性,导致不仅使当事人的权利难以获得周全的保护,也会变相放纵机会主义者的投机行为,且在发生争议时容易酿成纠纷而诉至法院或提交仲裁。在裁判机构解决争议时,牺牲了具有针对性救济措施的合同其实与没有约定救济措施的合同并无实质性区别。

换一个角度看,不区分具体的履约障碍形态,或概括式约定救济方式的合同,从根本上看,该约定没有必要。因为,《合同法》的规定中已对抽象的"义务的违反"和"不履行"的法律后果做了较为详尽的规定,既然《合同法》中已有规定,那具体的合同文本中又何必多此一举?实务中,我们会经常发现有些合同条款约定:"本合同签订后,甲乙双方应严格信守,如乙方违约,按照法律规定处理","本合同签订生效后,甲乙双方应严格按照合同履行,如一方违约,违约方应赔偿因此给守约方带来的损失","本合同签订后,甲乙双方应严格按照合同约定履行合同义务,如一方违约,守约方有权解除合同并有权要求违约方赔偿损失",如此约定不胜枚举。上述类型的约定纯属应景型约定,如勉强认定该约定有一定的作用,唯一的解释就是在形式上完善了所谓的合同整体结构。

2. 救济板块针对性的缺失弱化了救济功能

审查人员应注意到在合同文本中如概括性的约定类似"义务的违反"和"不履行"的情形,救济措施的设置往往也难逃被概括描述的怪圈,即使合同文本中抽象的"义务的违反"或"不履行"对应的是具体的救济措施,这种条款的设定也会陷入缺失匹配性的境地,而使救济措施从根本上失去震慑和纠偏功能。

救济措施的纠偏功能是保障合同正常履行的重要功能。在履约中,由于当事人的意识、签约时的客观情形、商业环境的变化,或在履约中出现突发、意外事件,或履约中合同各方因沟通出现障碍,或机会主义者发现有利可图等因素都可能使履行中的合同偏离预定轨道。纠偏功能的丧失,使合同丧失了自我矫正的能力,而自我矫正能力的丧失降低了合同自身的免疫能力,合同生命的延续会因此受到巨大影响,其导致的结果是合同的履行偏离当事人预定轨道的距离会越来越远,速度会越来越快,最终纠纷的酿成无可避免。

震慑功能的发挥是通过合同文本中有形的规定,于无形中制约着当事人的适当行为,督促当事人按约定履行合同义务。震慑功能的丧失,不仅放弃了对当事人的无形束缚,更容易让机会主义者发现投机的机会。更为关键的是,在某些场合,震慑功能的丧失,在一定意义上使当事人无法对自己的行为所产生的具体法律后果进行正确的判断,即当事人由于无知而采取失当行为,最终酿成纠纷。

3.救济功能的弱化造就了本可避免的三类纠纷

(1)积重难返型。合同是对未来交换的规划,从充满不确定因素的角度观察,履约中出现争议或合同方向偏离当事人约定的轨道应属正常,但不能忽视的是,在大多数情况下,当事人之间的争议之所以会演变为诉讼或仲裁是因为完成了一个从量变到质变的过程。救济措施存在的价值并不在于当事人使用救济措施,也就是说,《合同法》规定的抑或是合同中约定的救济措施的启用并非是当事人的终极目的,设定救济措施的目的就是阻止当事人启动救济措施。

在履约中,具有震慑和纠偏功能的救济措施控制着"量变"的过程,控制的目标就是杜绝从"量变"到"质变"的演变。如合同文本中缺失了实质性救济模块的设定,相当于缺失了对"量变"过程的控制,放任了"量"的积累,最后导致争议演化为诉讼或仲裁案件就变得不再奇怪。

(2)投机型。在合同领域的投机是指机会主义者利用合同履行过程中闪现的"机会",力图获取更大经济利益的行为。合同行为作为一种经济行为,在大多数情形下,当事人拟实现的经济利益目的是其主要合同目的之一,而具有相对封闭性的合同,虽然正常的履行结果客观上会成就当事人各方实现双赢或多赢的局面,但具体合同内容本身所确定的经济权益总量是固定的、守恒的,体现到履约阶段,此消彼长的经济利益像磁铁一样吸附着当事人的关注,争取利益的最大化成为当事人的不二选择。在此过程中,机会主义者自然会抓住稍纵即逝的"机会",采取有助于己方的利益最大化的一切行为。此时,如救济手段缺乏针对性,机会主义者因看不到可能的"行为后果"而产生错觉以为有机会获利,或者出现真正的机会,让其投机。

客观上看,之所以会给机会主义者创造所谓的机会是因为救济手段的

缺失,或不匹配而让机会主义者主观上觉得有机可乘。或许从结果上看,机会主义者不一定能实现自己预定的目标,即机会主义者在诉讼或仲裁案件中并不一定能获取预想的经济利益,但从另一个层面看,纠纷的酿成已经宣告了当事人合同行为的失败。

(3)无知型。毋庸置疑,当事人并非都是法律专家,因此,即使其对法律无知也无可非议。审查人员在合同文本中描述具体的履约障碍的实质就是事前告知当事人在履约中应实施而未实施,或不应实施却实施的各种"具体行为",具体救济措施的描述实质是事前告知当事人应实施而未实施,或不应实施却实施的"法律后果"。从该描述的积极方面看,其可让当事人意识到实施行为不当的不利法律后果,而督促其积极履行合同义务,从该描述的消极方面来看,其通过可能承担的不利的法律后果震慑阻却当事人的失当行为。但如在当事人对法律无知的情形,同时合同文本中又缺乏关于具体履约障碍形态和救济措施的约定,当事人则会因无知而实施不当行为的可能性大增。毫无疑问,此时,合同纠纷发生的概率也会因此大增。于此场合,对当事人而言也许会印证"吃一堑长一智"的内涵,但"吃一堑"可能意味着经济利益和人格利益的受损,对于审查人员,在当事人对法律无知时,本可通过合同条款的细化让其"长一智",但却由于审查人员的不当行为,让当事人通过损失经济利益和人格利益后来"长一智",这势必会对审查人员的审查行为提出质疑,甚至可以说,审查人员的审查行为可有可无。

第二节 违约金的设置思维与实务对策

一、违约金的国家干预

《合同法》第 114 条规定:"当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可

以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。"《合同法司法解释(二)》第29条规定:"当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的,人民法院应当以实际损失为基础,兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量,并作出裁决。当事人预定的违约金超过造成损失的百分之三十的,一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的'过分高于造成的损失'。"国家对违约金的干预是防止当事人滥用违约金条款,尤其是在合同地位天然存在不平等的情形下,国家对违约金的干预是对扭曲了的缔约地位做出的矫正。[1]

违约金是对违约行为的损失予以补偿,违约金可以分为惩罚性违约金和赔偿性违约金。在我国现行法中对惩罚性违约金没有明文规定,更没有对其数额作出明文限制,那当事人在合同条款中是否能够明确约定违约金的性质为"惩罚性"的违约金?如合同条款中约定了违约金性质为"惩罚性"违约金,国家是否能够主动干预?干预的范围是什么?在我国,惩罚性违约金原则上可以自行约定。[2] 这源于法律是否会允许当事人约定一方对另外一方施加惩罚?法律通常不会授权当事人一方对另外一方施加惩罚,这并不意味着法律就会一般性禁止当事人约定一方对另一方施加惩罚。法律绝对否认当事人约定的法律效力其实只发生在两种情形:第一,当事人的约定违反法律、行政法规效力性强制规定;第二,当事人的约定存在其他损害公共利益的情形。以此为前提,当事人约定一方对另一方施加惩罚,只要没有违反法律、行政法规效力性强制规定,且不存在其他损害公共利益的情形,就有生效可能。[3] 尤其是当事人约定了惩罚性违约金条款,但违约方并没有要求调整数额,而且自愿承担违约金责任,依照司法自治原则也是合法有效的。[4] 同时,合同若约定了惩罚性违约金,违约方没有提出调整,而且自愿承担违约金责任,只能认定该约定存在有效的可能,而不是必然有效。如果该条惩罚性违约条款损害了社会公共利益,即使当

[1] 江必新、何东宁等:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》(合同卷一),中国法制出版社2012年版,第470页。

[2] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第666页。

[3] 李杰、李宗胜主编:《合同之诉——不同视角下合同案例审视》,法律出版社2015年版,第332页。

[4] 王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2015年版,第705页。

事人履行也无法改变无效的事实。因此,我国法律并没有绝对禁止关于惩罚性违约金的规定,当事人在合同中明确约定违约金具有惩罚性存在被认定有效的可能。

惩罚性违约金是依当事人的约定或者依法律法规的规定,对于违约所确定的一种制裁。惩罚性违约金不以损失发生为必要条件,在一方违约,另外一方没有损失或无法提交证据证明自己存在损失的情况下,如何认定"过分高于……"的事实?《合同法司法解释(二)》第29条第2款规定的"当事人约定的违约金超过30%的,一般可以认定为合同法第114条第2款规定的过分高于造成的损失",由于损失基数为"0",计算出高于30%的结果还是为"0"。按照这种逻辑,没有损失,约定的违约金金额肯定会高,在这种情形下,是否只要当事人提出申请,法院就应以"实际损失为基础"予以调整?如一主张就调整,则显然背离了立法精神和惩罚性违约金的作用。当然《合同法司法解释(二)》中有"一般认定"的表述,也就是说30%的比例并非是法定的绝对比例,但法院是否同意当事人调整违约金的主张是以"实际损失为基础",兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素。若此时"基础"不存在,是否可以单独适用所谓"兼顾"的因素予以调整?如不能单独适用"兼顾"因素,那是不是就意味着不能调整?答案显然是否定的。惩罚性违约金条款属于私人之间的惩罚,我国法律虽未禁止,但绝非意味着完全放任。就我国现行法律而言,可以援用的法律规范至少包括《合同法》第52条、第54条等,通过无效或可撤销等制度规范此类条款的效力。[1]《合同法》第52条规定了合同无效的情况,合同无效具有三种特性,即无效的当然性、自始性和确定性。一份合同中,若约定的惩罚性违约金条款违反了法律、法规的效力性强制规定或损害了社会公共利益,应属于无效条款,此时如剔除合同中的违约金条款而对其他条款的效力不产生影响时,该合同属于部分无效合同。由于惩罚性违约金条款因在实质上具有"违法性",该条款无疑应具备当然性、自始性和确定性。合同无效的当然性体现在法院和仲裁机构不待当事人请求确认合同无效,便可以主动审查合同是否具有无效的因素。若发现合同属于

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第666页。

无效合同,便应主动地判定合同无效。同理,若合同中的违约金条款是当然无效的条款,法院或仲裁机构应主动审查,而无须当事人主张法院和仲裁机构才予以审查。因此,对于违约金条款,即使当事人约定了违约金的性质为“惩罚性”违约金,即使在诉讼或仲裁过程中当事人没有对违约金条款提出异议,也不能排除法院或仲裁机构对违约金条款效力的主动干预,只是该干预应限定在对违约金条款的效力审查上。不言自明,《合同法》第114条和《合同法司法解释(二)》第29条规定的违约金的调整应以“当事人请求”为前提的前提是“法院或仲裁机构已经对条款效力进行了主动审查,且审查后认定约定的条款有效”才发生法院或仲裁机构据此审查当事人提出违约金过分高于或者低于损失的请求是否成立。因此,法院或仲裁机构对于惩罚性违约金,包括赔偿性违约金条款的干预分为主动干预阶段和被动干预阶段。

另外,由于我国现行法没有对惩罚性违约金及数额作出明文规定,同时,惩罚性违约金不以损失的发生为必要,亦不能以实际损失为基础确定相应比例。如果当事人在诉讼或仲裁中以违约金金额“过分高于损失”为由,提出调低的请求,法院或仲裁机构显然不能“以没有法律规定”为由拒绝裁判。此时,裁判者只能依据合同的公平原则、诚信原则结合合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素,判断违约金金额的高低。由于缺乏了“实际损失”这一参照物,裁判基本上只能依赖于裁判者的自由裁量。在确定惩罚性违约金金额是否合理上,有学者提出类推适用:依据《担保法》第91条的规定,同样属于“私的制裁”的定金,其数额不得超过主合同标的额的20%。基于相似的利益状况(二者除了性质差异外,其差异主要体现在是否预付上面),该法立法精神也应当体现于惩罚性违约金上,故建议对于惩罚性赔偿金的数额,可以类推适用《担保法》第91条,不得超过主合同标的的20%。[1] 由法律或司法解释确定一定的比例固然可以解决操作性的问题,但由于合同的履约程度不同,形成的违约形态不同,若简单的采取“一刀切”的做法显然会造成明显的不公平。

[案例15-4] 甲方和乙方签订了一份标的额为100万元的合同,约定

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第666页。

的惩罚性违约金是总标的额的20%,即20万元,如果违约方已经履行了合同的99%,这时出现违约,此时若要求违约方依然承担20万元的违约责任,显然有失公平,但非违约方只有得到100%的履行才能实现合同目的的情况除外。

合同审查人员在设置惩罚性违约金条款时,应该注意,惩罚性违约金可以在合同中约定使用,为了达到震慑作用,约定的违约金金额可相对较高,但并非完成约定就万事大吉。首先,约定的条款不能违反《合同法》第52条规定;其次,应根据合同的具体性质结合合同履行程度,确定计算惩罚性违约金的"参照物",在该"参照物"明确的前提下,确定适当比例,而不能机械地使用"总标的"的百分比概念。

二、请求调整违约金金额的策略

当事人请求调整违约金应注意两个方面的问题:一是请求的方式;二是步步为营策略的行使。《合同法司法解释(二)》第27条规定:"当事人通过反诉或者抗辩的方式,请求人民法院依照合同法第一百一十四条第二款的规定调整违约金的,人民法院应予以支持。"该条规定明确了当事人主张调整违约金可采用的方式。由于违约金问题在理论上和实践中本来就存在较大的争议,很多学者和法官都理解不一。此时,若要求一生之中可能只打一次官司的当事人弄清必须通过反诉方式或者反请求的方式来请求减少违约金的数额,委实有些苛刻。鉴于此,司法解释既认可反诉的请求方式,也许可抗辩的主张行为。[1] 当事人在诉讼或仲裁中对违约金的金额提出调整主张时,可以根据实际情况选择采用的方式。相对于抗辩,反诉的程序复杂、经济支出大、耗时长;抗辩则程序简单,时间成本和经济成本都较小。当事人如需要合理拖延时间,以便于取得有关证据或期待其他有利因素出现,采取反诉的方式不失为一种好的选择;反之,当事人可直接提出抗辩即可。

步步为营的策略,是指鉴于违约金的调整是以当事人明确提出主张为

〔1〕 沈德咏主编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第251页。

法院审理前提,故在诉讼或仲裁中,即使存在主张免责的机会,也要对违约金是否过高做出抗辩,但在抗辩时应区分层次。实务中,当事人往往不围绕违约金数额是否过高做出回应,而是将抗辩的焦点集中在是否违约方面,或以合同未生效、无效等抗辩理由主张免责。囿于法院不能主动干预违约金高低的规定,最后只能针对违约方是否违约作出判决。在判决后,若违约方再主张违约金过高而申请调整,审判阶段不同,则处理方式亦不同。从总体上看,这无疑会使当事人增加负担。当然,在这种情况下,裁判者可以行使释明权,但裁判者属于局外人,在当事人没有就违约金的金额高低提交证据或进行抗辩的情况下,让其从主观上判断金额高低的确是强人所难,如裁判者对于金额高低根本没有概念,其又如何释明?因此,裁判者从公正的角度出发,对行使释明权抱有非常谨慎的态度,而这种谨慎的程度又因人而异。所以,在这类案件处理过程中,裁判者是否行使释明权存在较大不确定性。对当事人而言,应抱着"求人不如求己"的心态,放弃依赖于裁判者是否会行使释明权的想法,在诉讼策略上采取步步为营的方式,分层次抗辩,在主张免责的同时,提交证据,抗辩违约金金额是否过高。

三、举证责任的分配

在违约金调整启动模式上,我国立法规定了以当事人申请为前提的模式。法院或仲裁机构认定违约金高低是以"实际损失"为基础,那么确定实际损失的举证责任应如何分配?守约方主张违约金低于实际损失的举证责任分配应由守约方自己提供。但对于违约金过分高于实际损失的举证责任应如何分配在实践中观点存在分歧:一种观点认为应由违约方承担举证责任。原因有两点:第一,民事举证责任的一般原则是"谁主张,谁举证",既然违约方认为违约金的金额过分高于实际损失,举证责任当然在于违约方;第二,合同之所以设定违约金,就是在事前预定损失总额,然后设定违约金条款,目的是规避在纠纷发生时,计算损失的麻烦,因此如果将证明损失的举证责任交由守约方,势必与约定违约金的初衷相背离。另一种观点认为举证责任应由守约方承担。因为,让违约方计算损失及举证证明损失的存在十分困难,甚至根本不能完成。让违约方承担举证责任与设立

违约金的立法本意相矛盾,且有违公平原则。[1] 其实从违约金设置的功能及民事诉讼法的规定来看,证明违约金过分高于实际损失的举证责任应在违约一方,但由于违约方在举证上确实存在困难,无疑形成了"有责任举证,但无能力举证"的局面。从实践中看,举证责任的分配变成了"谁有能力谁举证"的局面,举证责任落在守约一方,其若不能举证证明自己的损失,往往会承担不利的法律后果。一般认为,违约金的功能主要体现为以下三点:第一,最重要的功能是减少对违约损失的举证,也省却了法院和仲裁机构在计算实际损失方面的麻烦;第二,督促债务人履行合同;第三,把风险和责任限制在预先确定的范围内,从而有利于当事人在订约时计算风险成本,有利于合同确定未来的利益安排,也有利于鼓励交易。也有学者指出,其意义在于更充分地体现意思自治,更有效地预防违约行为的发生,更能体现效力原则。[2] 从设置违约金的初衷出发,其目的就是省却"减少违约损失的举证",这其中"省却守约方的举证麻烦"当属应有之义。如在诉讼或仲裁过程中将举证责任分配至守约方,显然与当事人的真实意思相背离,而且在一定意义上将丧失约定违约金的意义。但如果让违约方举证证明守约方遭受的损失显然又是强人所难。

[案例 15-5] 甲公司和乙公司签订了《买卖合同》,乙公司向甲公司提供一批货物,约定了交货时间、地点、合同价款和违约金。甲公司之所以采购这批货物是用于出口到某个国家赚取差价。在合同履行过程中,乙公司没有按照合同的约定及时交货而违约。在诉讼中,乙公司提出《买卖合同》约定的违约金过分高于甲方的实际损失。此时,如果让乙公司证明自己的主张,提交甲公司遭受损失的证据,对于乙公司而言显然是不可能的。如果法院以乙公司举证不能,而判决其承担不利结果,则《合同法》第 114 条和《合同法司法解释(二)》第 29 条的规定将失去意义。

当然,在实践中,违约方往往以"守约方没有损失"进行抗辩。从逻辑上讲,若提出没有给守约方造成损失的主张,是否让其再提交证据证明守

---

〔1〕 江必新、何东宁等:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》(合同卷一),中国法制出版社 2012 年版,第 500 页。

〔2〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社科出版社 2014 年版,第 495 页。

约方没有损失在司法实践中的处理存在差异。若违约方一旦提出守约方没有遭受损失，法院就认定其无须再提交证据，则在实质上，举证责任又分配到守约方，这与当事人设置违约金条款的意思表示相背离。况且，如果简单化处理该问题，即违约方一提出违约金过高，且提出守约方没有实际损失的抗辩时，法院就将举证责任分配至守约方，则违约方无论出于什么目的都会毫无疑问的提出，这对守约方显然是不公平的。成都市中级人民法院（2013）成民终字第 1431 号民事判决书中，被上诉人（房地产开发公司）在庭审中提出上诉人（购房者）没有因为迟延办理产权证而遭受任何损失，法院以上诉人没有提交证据证明自己损失，而判决调低了上诉人请求的违约金金额，这即是对违约方此种抗辩的支持，事实上让守约方承担了举证不利的责任。

综上所述，在涉及调整违约金过分高于实际损失的诉讼中，举证责任分配至任何一方并要求其单独承担举证不能的不利责任都存在问题，最为关键的是，要求任何一方在实质上承担举证责任都能找到法律依据，也就是说，要求任何一方承担举证责任都没有错。针对这种情况，有学者提出违约方和守约方都有举证责任，守约方的举证责任是由其对损失作大致的陈述和说明。当然，我们没有必要要求守约方准确证明损失的金额，只要守约方就损失的范围、大小作出陈述，并进行适当举证即可，以供法官做出判断。也就是说，守约方可以证明违约方在订立合同时应预见到的因其违约而造成的损失的范围及金额，但不要求做唯一性证明，也不需要证明损失实际发生，只需做出概然性证明，证明在订立合同时，如发生违约，则此种损失有发生的可能性即可。守约方承担自己有受到损失的举证责任，而违约金“过分高于”违约造成的实际损失的举证责任应当由违约方承担。[1] 按照守约方提交的证据证明“违约方应当预见违约行为而造成的损失”的立论，将“过分高于”的举证责任分配给违约方，违约方首先必须要证明“实际损失”的数额，否则无从谈起是否“过高”。法院或仲裁机构也需清楚“实际损失”，否则将失去裁判的标准。这样，实质上举证责任还是分配给了违约方。还有一种观点认为，违约方需提供足以让法官对违约金

〔1〕 江必新、何东宁等：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》（合同卷一），中国法制出版社 2012 年版，第 500 页。

约定公平性产生怀疑的初步证据,然后法官可将举证责任分配给守约方。理由是根据“谁主张,谁举证”的原则,违约方提出的调整主张必须要承担举证责任,但考虑到违约方不可能举出守约方损失的全部证据,因此,分配给违约方举出让法官对违约金约定公平性产生怀疑的证据即可。此时,法官可以进行举证责任的分配,将证明违约金约定合理的举证责任分配给守约方承担。[1] 该观点分配给违约方的证据是回归到签约时的公平性,那首先要清楚什么证据可以证明对“公平性产生怀疑”。

引起不公平的因素有很多,如当事人合同地位的差异、合同文本由谁提供、当事人的交涉能力、社会资源的占有情况等都可能造成不公平。如国家垄断央企与一家民营企业签订合同,最后由于民营企业违约而酿成诉讼,民营企业认为违约金的约定“过分高于”实际损失,并提交了双方的营业执照,证明垄断央企实力强大,双方在签约时的合同地位不平等,由此造成了合同签订的不公平。事实上,许多企业都具有天然的优势,一些垄断央企不仅实力强大,其有时体现出的优势更是无以复加。此时,如仅仅需要提交可能引起对“公平性”怀疑的证据,对于违约方来讲并不困难,照此逻辑,举证责任无疑在实质上已分配给守约方承担,背离了违约金设立的初衷。在因违约金过分高于实际损失的诉争中,当事人将最终命运完全交给了裁判者的自由裁量来决定。合同审查人员认识到这一点,有利于在审查违约金条款时保持清醒的认识,针对法律规定和司法实践的具体情况作出相对合理的设计。

四、在合同中约定“违约金条款不可调整”能否对抗国家干预

当事人在合同的条款中约定“违约金条款不可调整”时应从两个方面考量:一方面,考量该约定的效力;另一方面,考量该约定是否能达到当事人的目的,即该约定能否起到对抗国家对违约金的干预。单独考察该约定不能得出是否有效的结论,对其效力考察应区分具体情况:第一,因该条款属于合同的内容之一,具有从属性,但违约金条款具有独立性。从属性体现在,主合同不成立、无效或被撤销时,违约金条款也不能生效;主合同消

[1] 沈德咏主编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社 2015 年版,第 257 页。

灭,约定的违约金责任也消灭。独立性表现在,因一方违约发生合同解除的,非违约方仍可请求违约方支付约定的违约金。[1] 第二,在合同已经成立生效,且不存在无效、效力待定或可撤销时该约定的效力如何。“违约金条款不可调整”约定本身是一个相对独立条款,在合同有效的前提下,其因不违反《合同法》第52条的规定,应属于有效条款,但在该约定有效的情况下,能否达到当事人的目的存在变数。若违约金条款违反了《合同法》第52条的规定,致使约定的违约金条款无效,即合同部分无效时该约定的意义不复存在,不能达到当事人的目的;如果合同中约定的违约金条款有效,该约定的意义需分类考察,若在诉讼或仲裁中违约方没有就违约金条款提出异议,则该条款具备“形式上的意义”,因在诉讼或仲裁时,除特殊情况,法院不会主动启动对违约金金额高低的审查。此时,违约方如不主动提起调整违约金金额,无论合同中是否有该约定,都不会产生实质性的差异。从这个角度来看,该条约定仅仅具备形式意义,换句话说就是该条款属于可有可无的条款。若违约方虽提出了调整违约金金额的请求,但约定的违约金金额经审查和实际损失、合同履行程度、当事人的过错程度等相匹配,法院或仲裁机构的审理结果对违约金金额不予调整。在诉讼或仲裁中,违约方提出违约金金额“过分高于”实际损失而要求调整时,非违约方以合同中约定了“违约金条款不可调整”的条款进行抗辩的情况值得关注。《合同法》第114条和《合同法司法解释(二)》第27~29条规定了关于违约金可以调整的情形和程序。从对违约金金额调整的理念和立法意图看,结论应相对清晰。违约金调整的出发点是合同正义与诚信理念。基于等价交换原则,受害人不应获取不当利益,违约方也不应在其造成的损害之外承担责任,而且任由当事人约定,可能使违约金约定成为赌博条款,无异于鼓励当事人依靠不正当的方式取得利益,同时也会诱使一方为取得违约金而故意促使对方违约,从而与公正、诚实信用原则相悖。

违约金的调整可以使违约方从不合理的违约金责任中解脱出来。[2]《合同法》第114条和《合同法司法解释(二)》第27~29条正是基于这样

---

〔1〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第496页。

〔2〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第509页。

的理念做出的设计。如果“合同约定违约金条款不能以任何理由而调整”的约定能排除国家对违约金干预的适用,则法律和司法解释的规定将被架空而失去意义。至于以“合同自由”和“意思自治”为由主张该条款设定后,法院或仲裁机构不能调整的理由则显得荒唐。因为合同的签订本身就是当事人合意的结果,违约金条款是当事人合意的结果应毫无争议,如果只要是当事人的合意就不能调整,那约不约定“违约金条款不能调整”的条款都不影响最终的结果,即法院和仲裁机构都不能对违约金条款进行调整,这显然是荒谬的。从以上分析可看出在合同中约定“违约金条款不能以任何理由调整”的条款没有任何实质意义,合同中是否有该约定,并不影响非违约方实体上和程序上的权利。

五、合同中约定违约金为排他性违约金能否对抗国家干预

排他性违约金是指在合同签订时预定了损害赔偿的最高限额。与其相对应的是抵消性违约金,即在合同签订时预定了赔偿的最低限额。排他性违约金和抵消性违约金同属赔偿性违约金的范畴。实务中,经常可以看到约定排他性质的违约金,如合同中约定:“甲方因自身过错给乙方造成损失的,视为甲方违约,甲方应向乙方支付违约金,但支付的违约金金额不超过甲方收取乙方费用的总额。”该约定实质上是对违约金最高限额的约定,即违约金的金额不能超过其收取费用的总额。在违约方给非违约方造成的损失小于最高限额时,应根据实际损失计算违约方的赔偿额并无疑义,但对于违约方给非违约方造成的损失远远高于违约金的最高限额时,该约定是否能够对抗国家对违约金的干预?如能对抗,非违约方是否有其他途径进行救济?

在违约行为发生时,依据《合同法》第113条和第114条的规定,可能同时产生违约金请求权与损害赔偿请求权,此时债权人应如何行使这两种权利,《合同法》无明文规定。在约定的违约金是排他性违约金时,违约金请求权和损害赔偿请求权是否可由请求权人选择适用?两种请求权能否并存?如不能并存,非违约方是否可以请求法院或仲裁机构调整?排他性违约金与损害赔偿并非独立于债权人有可自由选择的地位,而是有违约金场合必须适用违约金。理由在于,作为损害赔偿约定的违约金,是当事人

的特别约定,应该优先适用。[1] 在我国,《民法通则》第134条和《合同法》第114条将支付违约金作为一种民事责任的方式。违约金作为一种责任承担形式实际上是当事人在合同中的约定内容,按照合同自由的原则,当事人的约定应当优先法律的任意性规定而适用,所以违约金责任应当优先于法定的损害赔偿责任而适用。[2] 因此,在违约金请求权和损害赔偿请求权竞合时,应优先适用前者。但在排他性违约责任的情形,违约金金额低于实际损失时,违约金能否和损害赔偿并用?排他性违约金属于赔偿性违约金范畴,具有补偿功能,补偿性的违约金并不完全排斥损害赔偿的运用。[3] 但也有学者认为,若有排他性违约金(预定了损害赔偿总额)则不能并存。[4] 实质上,合同条款中约定排他性违约金的条款并不能完全达到限定最高额赔偿的目的。在违约金的金额低于非违约方的实际损失时,即使违约金条款不能和损害赔偿并用,非违约方也可以请求法院或仲裁机构予以调整。否则,《合同法》第114条和《合同法司法解释(二)》的规定就有落空之虞。同理,在合同中约定抵消性质的违约金条款亦不能完全达到最低额赔偿的目的,若违约金的金额过分高于非违约方的实际损失,违约方一样可以请求法院或仲裁机构调整。

---

〔1〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第664页。
〔2〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社2015年版,第697页。
〔3〕 王利明:《合同法研究》,中国人民大学出版社2015年版,第708页。
〔4〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第503页。

第十六章

合同语言审查

第一节　合同语言审查概述

一、语言之于合同的意义

（一）语言与合同

合同语言是抽象的权利义务的外在表现形式，研究合同语言就是从外在角度研究合同的权利义务，因此审查人员对合同语言研究的意义至关重要。人类发明文字，标志着现代文明的发展，自从书面语进入法律实务，书面文件（如合同）的功能就在于记录之前达成的口头协议。随后，人们开始关注书面文件本身，如蒂尔斯马（Tiresma 1999，37）所说，口头证据规则（circa 1604）阻碍了口头协议证明或证据演化为书面合同的过程。索兰（Solan 2001，89）发现，依赖书面文件也有一些积极作用。例如，降低了合同理解问题上因记忆缺陷而引发出现伪证的概率，提高了庭审速度。合同不仅是双方口头协议的总结报告，而且成了实实在在的契约。[1] 书面合同中民事权利义务关系的设立、变更、终止都依靠语言表达完成，包括合同模式的确定、权利义务的固化、条款的内涵及外延界定，都不能离开语言的表达。因此，合同语言的使用是合同审查的最基本环节，对审查人员而言，语言的组织、表达能力是一切专业技能的起点。

---

〔1〕［美］罗杰·W. 舒伊：《文字之讼——语言与民事案件》，沙丽金、张茜译，中国政法大学出版社2013年版，第11页。

（二）合同语言理解的差异与争议的发生

1. 合同语言理解差异的成因

合同争议是合同各方当事人对于同一事物的认识发生冲突或处于对立状态，争议发生的原因是多样的，对合同语言理解的差异是其中一个重要原因。之所以对合同语言的理解会出现差异主要是因为以下几点：第一，合同中使用的语言本身就存在不同的理解，常见的如对多音字、多义字的使用不当。音不同则义不同，如“还”字，不同读音意味着不同的含义，不同的含义会造就不同的法律结果，对多音字不难理解，而多义字本身与语境、职业、文化有关；第二，在特定的语境中，语言被赋予特定的含义，但随着语境变化，由于特定的语境未被记录，使合同语言被赋予不同的理解。语境的变化包括时间、空间和具体环境的变化；第三，衔接性出现问题而使合同语言出现不同的理解，衔接是使句子或篇章成为相互连接的一个序列方式。不同的衔接方式赋予语言以不同的理解；第四，对合同语言所传递信息的理解出现差异。在口头表达时，信息的发出者与接收人之间都会存在理解差异，一旦记录到书面合同中，这种差异将被拉大，形成“你说你的，我说我的”的局面；第五，因语言本身内涵与外延的模糊性造成理解的歧义。

2. 消除语言理解差异的难度

有一个语言学家做了一个与理解有关的实验，目的是观察不同的人如何理解同一句话。看到一句话，你希望人家告诉你这句话是什么意思有很多种不同的方法。他的实验方法是通过完成句子了解参加实验者的想法，从而推断这些人如何理解这个句子。具体做法是让 72 个人，看 20 个不同的比喻，然后把自己对这些比喻的理解写下来。其中一个比喻是：人就像门。这到底是什么意思？72 个人可能有 72 种不同的解释。从受试者五花八门的答案中，我们可以体会到“理解”这两个字的复杂程度。有人说：人就像门，可以打开，也可以关起来；也有人说人就像门，只有通过这扇门，才能拿到自己要拿的东西；还有人说：人就像门，整天弹来弹去的，可能永远在原地；亦有人说：人就像门，凡是有房子的地方都有。如此种种，不同的人，看到“人就像门”这么一句话，可以有那么多不同的解释！[1]

---

[1] 吴伟平：《语言与法律——司法领域的语言学研究》，上海外语教育出版社 2002 年版，第 90－91 页。

实务中,签订合同的当事人是多种多样的,由于每个当事人自身的差异,如教育背景、行业背景不同,造成理解能力的差异。审查人员的工作虽具有相对独立性,但在具体开展工作时多少会受到委托主体的干扰。况且,法律实务工作客观上形成的“低门槛、高技术含量”的现状使审查人员的水平也参差不齐,这都为争议的产生埋下隐患。

3. 对合同语言的不同理解的本质与自行消弭及争议的发生

(1)不同的当事人对合同语言的不同理解源于各自的利益,自行消弭理解的差异和因不能消弭理解差异而发生争议也是源于利益,而这一切源于合同利益所具有的统一性、冲突性、均衡性特征。对合同语言理解的差异并不必然引起纠纷,但会使纠纷发生的概率大增。合同作为各方当事人对未来交易关系的规划,使合同具备了利益的统一性、冲突性和均衡性。统一性使合同各方主体不得不求同存异,具体表现为通过沟通消除履约障碍,这其中就包括因对合同语言的理解差异造成的障碍。体现到履约结果,统一性在客观上造就了双赢或多赢的局面,也许对于这一局面的出现并不违背当事人的主观意愿,但与利益的冲突性相比,该局面的出现在当事人的心目中最多只能屈居第二,甚至是无奈地接受。冲突性源于当事人的自利性,因在相对封闭的合同中,利益常处于此消彼长的态势,追求利益的最大化往往是当事人的主观心态。统一性和各当事人之间冲突的目的是保持合同利益的均衡性,一般情况下,权利义务的均衡关系到合同的稳定,当事人利益的实现必须建立在具有稳定性的基础之上,否则一切都无从谈起。

(2)利益的统一性表现在当事人拟通过合同的签订及履行达到既定合同目的,除去少数“以签订合同为目的”的合同,当事人实现终极目的需依托于合同的顺利履行,而合同能否顺利履行有赖于预先设定的合同条款和履约过程中对出现障碍的消除,这其中包含因为对语言理解出现差异而导致的障碍。利益的统一性是消弭当事人对合同语言理解差异的外部动因。统一性表现为各方当事人对合作行为认识的一致性、手段的一致性和对完美的结果状态期待的一致性,即目的的一致性。对结果状态的期待是当事人签订合同的根本原因,履约中,之所以会出现“手段一致”的情况,实质是源于当事人主观有意识地,或下意识地假定,假设自己最终获得的利益大

于付出，假设如自己按合同约定履行，相对方也会按合同约定履行，假设自己已完整、正确地理解了合同中使用的语言，且相对方对合同语言的理解与自己一致。这种假定会让当事人按合同约定各行其是。

然而，合同各方当事人相互认定他们已对合同语言取得的理解的"一致"，仅是他们"下意识假定"的一致，即当"自己这样理解"时，认为"相对方也应这样理解"的情景，因此，所谓的一致，是含有假定因素的一致，而非是真正的一致。由此可见，出现理解差异的源头在于签订的合同文本，或延伸到之前的谈判阶段，只是当时"理解的差异"处于一种未被各方当事人察觉的潜伏状态，或者说合同各方主体根本就没有意识到，在"一致的理解"中已经掺杂了自己的假定因素，履约中，当事人按各自的理解实施合同行为。此时，当事人往往认为，自己按对合同语言的理解所实施的合同行为应能取得"言行一致"的效果，应会获得相对方的认可，但事实并非如此，因当事人自己认定的已取得的"一致"含有"相对方也应是这样理解"的假设。合同行为会让潜伏的理解差异暴露出来，即自己认定的"言行一致"，在其他人眼中可能会形成"言行不一"的效果，之前潜伏的理解差异因此而暴露出来。但在统一性利益的驱动下，当事人之间会求同存异，甚至会做出利益的牺牲，即在期待利益一致的结果状态驱动下，合同语言理解差异的出现和其他履约障碍的出现没有质的区别。无伤大雅的隐忍和放任，或及时的沟通以消除障碍都会成为当事人的选择。在重新沟通的基础上采用其他方式修正对合同语言的理解，比如签订补充协议，或就相关事项达成备忘来消除理解障碍。

由此观之，所谓的意思表示一致是动态的一致，动态的一致并非仅体现为意思达成一致，签订合同，并非总体现为签订补充协议或备忘录等修正性文件，其还体现在当事人在履约中对合同语言的趋同性理解，且其常常表现为一个持续的过程。因此，对合同各方当事人而言，合同的签订并不能做到一劳永逸。在履约过程中，综合各种信息会随时判断"阶段性成果"是超过还是低于期望值，哪些在预料之中，哪些又在预料之外。"期望值"和"预料范围"之所以会有差异的原因之一，是当事人及相对方自己对合同及合同语言的理解会因客观情况的变化而变化，调整"期望值"和"预料范围"差异的方式之一就是经过沟通、比照及利弊分析，取得对合同语言

更加趋同的理解。

(3)利益的冲突性来源于当事人的独立性和自利性。合同中,至少存在两方当事人,不同的当事人站在不同的立场,从不同的方向着手,对“成本”的理解也存在差异。对于具体合同而言,合同目的中掺杂的经济利益和人格利益因素,使“成本”的概念变得更加微妙。在经济学者的眼中,人具有“理性”和“自利”这两种特质,其中人的“自利”也受到成本的影响,人会以成本较低的方式,来运作“自利”这种特质。[1]

利益的独立性是当事人对合同语言做出利己解释的内部动因,之所以会对合同语言做出不同的解释,其目的是降低成本。而自己成本的降低往往意味着相对方成本的提高,冲突由此形成。独立性并不难理解,当事人的独立性决定了其对利益需求的独立性。独立性的利益的实现必须建立在相互承认的基础之上,即“相互对立、谋求承认”才能实现利益。与统一性对比,统一利益只是独立主体实现自身利益的手段,是为了谋求“被承认”而自愿或被迫服从的前提。因此,利益的统一性是作为利益独立实现目的的手段而存在的。加之“知道的永远比表述的多”书面语言的使用局限,以及当事人的有限理性,使对合同语言的理解出现差异属于正常状态,无论是当事人,还是审查人员都无须对此大惊小怪。

利益的独立性决定了当事人对合同语言理解的独立立场,消除对合同语言理解或解释差异的过程是一个相互说服相对方的过程。相互说服的过程是当事人相互评估成本与收益的过程,是评估自己与相对方容忍度的过程。在相互说服时,无论是动之以情、晓之以理,还是威胁震慑,驱使当事人妥协的都是对成本与利益的考虑。实务中,像合同目的不仅体现为经济利益一样,成本也并不仅限于货币成本,其还包括了非货币成本以及机会成本等。由此导致在具体合同中,不同的当事人对成本的含义理解不同。有些当事人看重经济利益,其妥协与否主要是基于对经济成本的考量;有些主体可能将经济利益与人格利益并重,这样经济利益成本和非经济利益成本都会成为其重点考量的对象;至于人格利益至上的合同,其考量的成本则更多的是非经济利益成本;在思考现实利益与长远利益的关系

---

〔1〕 熊秉元:《正义的成本》,东方出版社 2015 年版,第 178 - 179 页。

时,当事人考察的范围又包含了机会成本。上述差异决定了当事人消除理解差异的策略有所不同。审查人员存在的意义之一就是发现差异、利用差异,使合同各方认识到其实现最大化利益时,所付出的成本都是相对较低的。

从这个角度观察,消除当事人对合同语言理解差异时,利益的统一性是驱使各方主体相互妥协的动因,冲突性则体现为各方的相互争执。实质上,无论是统一性还是冲突性,隐藏在其背后的都是当事人对成本与收益的计算和对效益与正义的平衡,这种计算或平衡不但包括对相对方理性的限制,也包括当事人对自我理性的主动性限制。

(4)考量利益的均衡性主要是衡量不同当事人理解合同语言是否得当的评价标准,对合同语言做出不同的理解的目的就是为了打破或矫正合同权利义务的均衡性。均衡性是基于合同正义原则出发,综合社会环境、经济状况、价值观念等,对合同各方当事人的利害关系做出比较与衡量,判断其是否契合正义的价值追求。对均衡性的破坏,在合同之初体现为利益条款设置的不均衡,以及履约中随客观情况或当事人心态及地位的变化给机会主义者以可乘之机。在合同签订时,对于均衡性破坏的因素比较复杂,如合同各方当事人交涉能力、合同地位、紧迫程度,一方或各方对签订合同必要性、对合同标的的误解等;在合同履约阶段,对均衡性的破坏主要是因为客观情况及当事人心态变化所致。

签约阶段,对获取利益的期待掩盖了对合同语言理解的差异,履约阶段,机会主义者的出现,或对合同语言的理解随客观情况的发展而发生变化,这种变化包括两种倾向:第一,在签约阶段用于书面表述的合同语言的含义与当事人的真实意思本就存在差距,随合同进入履行阶段,合同一方当事人注意到实际情况与真实意思之间的差异而发生变化。如前文所述,察觉出差异的一方或合同各方,会在对获取期待利益的诱惑下,相互沟通、妥协,力争消除差异,使理解趋同。但若出现“质”的差异,妥协的成本过高而变得不再划算,对合同语言理解的差异将最终成为发生纠纷的导火索;第二,在签约阶段用于书面表达的合同语言基本反映了合同各方当事人的真实意思,但随着合同进入履约阶段,机会主义者发现对合同语言可以做出另外一种理解,恰好由于合同语言表述的原因又给予其做出另外理解的

机会,且该解释并不违反常理。在利益的驱动下,机会主义者对合同语言做出另外解释,谋求额外利益,致使合同的均衡性被破坏,争议发生的概率将会增加。

二、因合同语言引发纠纷的思考与应对策略

(一)问题的提出——语言理解差异的主客观因素

毋庸置疑,对合同语言理解的差异是纠纷发生的重要原因之一,那是不是对合同语言理解的差异=语言歧义?或者说,是因合同语言有歧义才会引起理解的差异?所谓歧义,是指对合同某一用语或句子,甚至段落可做出两种或两种以上的理解。实务中,对于语言歧义的范围界定较小。一般认为,引起歧义的因素包括:因缺少句子成分而引起歧义、因句子成分组合而产生歧义、因一词多义而产生歧义、因标点符号而引起歧义、因对象及环境变化而引起歧义。[1] 通过对合同具有的统一性、冲突性和均衡性的分析发现,造成当事人对合同语言的理解出现差异的原因包括客观原因和主观原因。客观原因多是因为语言组织和使用的技巧出现问题,站在第三方的立场,因客观原因出现的理解差异往往呈现较为明显;主观原因多是因书面合同中用于表达的语言和当事人真实意思存在差异,站在第三方的立场,也许无法体现出这种主观上的差异。

(二)因客观因素造成语言理解差异的关注点与策略

1. 签约时的关注点

(1)尽量避免语言使用技巧出现失误,避免因追求所谓的简明扼要而造成理解的差异。

[案例16-1]原告是一位房地产经纪人,被告系一家房地产公司,他们之间的纠纷争议的焦点是被告应该付给原告多少佣金。原被告争议的合同中,多次出现"公司房产"的概念,纠纷就是由此概念引起。"公司房产"到底是指他们签合约时的哪一处房产(即湖边路65号,包括房子和水边的财产,还是这个公司在这个地区拥有的全部房产)?我们知道,"你、我、他"是代词。"公司房产"这样的词也是代词,它本身虽然是名词,但是所指并

---

〔1〕 吴江水:《完美的合同》(增订版),北京大学出版社2010年版,第306-313页。

不清楚。语言学家要搞清楚这个“公司房产”到底是指哪些地方的房产、多少处房产、多长期间内所拥有的房产，仅指合同签订时公司拥有的房产，还是五年以后公司买入的也计算在内？因为合约期限是十年，而且规定十年后还可以延期两次，每次五年，所以总共应该是二十年。二十年多处房产的佣金和一次性、一处房产的佣金当然不可同日而语，“公司房产”的概念模糊是导致官司的直接原因。[1]

在案例16－1中，引发纠纷的根本原因是指代不明。实务中，指代用语的使用是为达到简明扼要，起到避免臃肿和啰嗦的目的。其实，对合同的制作，尤其是时间跨度长、相对复杂的合同，能做到简明扼要且表达精准最好，若认为存在难度，即使是臃肿或啰嗦也胜过有歧义的表述。况且，臃肿或啰嗦只是相对而言，并不能因此评价审查人员的水平高低，相反，如因追求简明扼要而使合同语言处于有歧义的状态，这显然是因小失大。

(2)针对合同语言，设置或模拟其法律后果。简单的语言在没有考量其带来的法律后果时往往觉得是清晰的，但一旦从法律角度考察就变得不再清晰，甚至被做出与当事人真实意思相悖的解释，且该解释看起来还那么合情合理。合同文本主要记载的内容是合同各方主体之间的权利义务关系，而权利义务关系的设置都有着特定的背景，各方主体达成一致的内容是期待的权利和应负担的义务，且该权利义务的内涵和外延在签约时被赋予特定的界限。大多数情况下，他们相互之间认为对方不但应清楚自己权利义务的内涵和外延，也应清楚对方权利义务的内涵和外延。合同中权利义务的均衡是由于其相互之间形成了相互制约和相互影响的关系，而这种相互钳制关系存在的前提是当事人在签约之时界定了权利、义务的内涵和外延。

书面合同中，对权利和义务的描述是通过合同语言完成，此时，合同语言的作用体现为两方面：一方面是具体描述权利义务的类型；另一方面是确定具体权利义务的内涵和外延。常态下对合同语言的理解也包含两个方面：一是自己能准确理解；二是假定相对方已准确理解。囿于人的有限理性，且不说自己对权利义务的内涵和外延的理解是否能做到正确，“假定

〔1〕 吴伟平：《语言与法律——司法领域的语言学研究》，上海外语教育出版社2002年版，第83页。

相对方已经正确理解”则存在较大的不确定性。这样就形成了一个奇怪的局面,一边是假定对方应清晰权利义务的特定内涵和外延而成立合同,即“我想你是这样想的,且你想的和我想的一样”;另一边则是对方理解的特定内涵和外延并不一定与自己假定对方应这样理解的相符,即“我想你想的和我想的一样”并不一定准确。既然沟通过程中对相对方的理解存在诸多假定而致使不确定因素难以杜绝,既然对合同语言理解的差异在事实上不能消除,在履约中与其牺牲效率,增加沟通成本来换取趋同的理解,不如换一种方式,以模拟法律后果的方式来力求语言的精准。

实务中,对于涉及权利义务条款的语言使用,尤其对核心权利或重要权利及制约因素的描述上可换位思考,即站在对方或者第三方的角度,推导拟使用的合同语言能做出何种解释,是否会偏离自己“想要的理解”并推导如偏离将会带来何种不利的法律后果。审查人员在换位思考时应注意以下几点:第一,换位解读应立足于《合同法》的基本原则,依托合同的整体框架。审查人员即使换位思考也不能脱离合同法的基本原则和合同的整体框架而孤立地、片面地对某个语言符号或某个段落进行天马行空式的解读;第二,换位解读应立足于特定的语境并考虑履约过程中语境的变化。合同是在特定时间、特定背景下签订的,作为合同的内容,权利义务被赋予了特定的内涵和外延,尤其重要的是,合同签订当时参与谈判的是特定的自然人。特定的时间和背景随时间推移会发生客观的变化,参与合同谈判的特定自然人也可能会变化,这一系列变化,可能会使特定的权利义务内涵和外延变得面目全非。审查人员换位思考,应考虑到这些客观变化的存在,合同语言的使用应力争做到“以不变应万变”;第三,换位解读应立足于主流解释。就如“人就像门”这句话的解读一样,每一个人对同一句话的理解,可以说是千差万别,但我们应注意到,心理语言学家在进行该实验时仅仅给出的是一句话,而没有交代背景,没有框定解读的原则、范围和方式。而对合同语言的解读则不同,其有着固定的原则,如合同正义、诚实信用原则,有着固定框架,即前述的书面合同。固定的原则和框架在实质上确定了一个主流的解读标准,该标准也是第三人和裁判者评判是非的标准,虽然该主流标准比较抽象,但却并非无迹可寻。优秀的审查人员就是要通过捕捉蛛丝马迹,将抽象的标准具体化。因此,要求审查人员换位解读并不

是让其凭空想象,试图穷尽不可能做到的所有的解读方式;第四,换位解读应考虑合同细节,如衔接词的使用等。

2. 履约中对合同语言的强化与反制的策略

所谓强化,是指当事人通过收集并固定有效证据,让证据的证明力来强化利己的合同语言的内涵和外延,或者以此使不利于自己的合同语言失去意义。反制是指推导相对方的行为意图,推导其收集或准备收集的证据的目的,判断其是否是为了强化有利于相对方的合同语言的内涵和外延,抑或是使不利于相对方的合同语言丧失意义,并就此次采取相应反制措施,阻止或抵消相对方目的的实现。

在签约时,抛开当事人对权利义务发生的重大误解不谈。即使当事人界定了权利义务的内涵和外延,但这种所谓的"界定"也会因表述的限制而发生与其真实意思相左的情形。随着合同进入履约阶段,语境、人员和相对方的解读可能会随之发生变化,审查人员需根据这些变化采取相应的措施。履约过程中,当对权利义务内涵和外延的理解与签约当时均不存在质的差异,且并未产生自己预料之外的不利因素时,审查人员应有针对性地收集和固定证据用意佐证并强化合同语言的含义不被第三方曲解。在往来的函件,或签署的补充协议,或签署的备忘录,或第三方机构,例如须当事人回函或盖章的会计师事务所的询证函等文件中高度关注试图改变合同语言含义的措辞,在相对方实施合同行为时,及时判断其行为意图,预防其采用"明修栈道,暗度陈仓"的策略达到事实上改变合同语言含义的目的。

在合同履约阶段,若发现签约时对合同语言含义的理解与现实中应有的理解存在质的差异,需要修正合同语言含义,或随着语境的变化,需变更合同语言的含义,或需使某一合同语言的含义丧失功能,且若不修正、变更或让其丧失功能将会使当事人面临意料之外的不利局面时,审查人员应收集证据,以有效证据的证明力来达到改变合同语言的含义或让其丧失功能的目的。《合同法》第 77 条第 1 款规定:"当事人协商一致,可以变更合同";第 10 条第 1 款规定:"当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式";第 36 条规定:"法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,

该合同成立。”从《合同法》上述规定的精神及《合同法》鼓励交易的原则出发可以看出,合同权利义务的变更可以采用默示行为。因此,审查人员可用收集的证据来对抗合同中不利于己方的合同语言。

3. 履约完毕的注意事项

合同履行完毕,合同各方当事人因对语言理解的差异而酿成纠纷的可能性显著降低或基本丧失,但于当事人内部并不意味着已经万事大吉,尤其在履约中当事人以有效的履约行为从质上改变了合同语言记载的权利义务,或履约行为使合同语言丧失了应有功能,当事人应予以做出合理的说明以备检查或审计。

以国有性质企业为例,对于领导,尤其是一把手的任中审计及任后审计已成常态,日常经营中,各种检查、审计也屡见不鲜。检查与审计往往从流程入手,包括了合同的签订及执行流程,从合同签订的决策程序、内部流程,到合同记载内容与实际履行情况、形成工作日志、第三方如监理公司的监理日志等。若审计中发现合同语言所记载的权利义务在具体履行中被更改,或消失,即使当事人因更改而获取了更大的利益,经营层也存在因程序不当而被追责的风险。若当事人因自身原因被相对方“暗度陈仓”造成权利的减损或丧失,被追责的风险将会加大。对此情况,审查人员应根据国企的管理要求,在合同发生实质性变更的情形,即使在合同履行完毕,也应就相关事项进行合理的说明。或者,按照企业规定的合同签订流程,在履约过程中,或在履约完毕后,签署补充性法律文件,彻底规避经营层的领导责任。

(三)相对方对语言理解有误时委托方的主观状态及应对

合同相对方对合同的语言理解出现差异,且该差异对相对方不利,即相对方期待的效果与合同语言反映的内容存有差异,且该差异可能使相对方不能实现期待的利益。这种情形在实务中主要表现为两种形式:第一,相对方期待实现的权利未在合同语言中完全反映,或合同语言反映的权利小于其期待的权利;第二,合同语言反映的内容加大了相对方的义务,但相对方因理解差异在签约时并未发觉。审查人员站在委托方的立场应如何认识委托方抱有的主观心态,并应采取何种应对策略?

1. 当事人明知相对方对语言理解有误时的策略

相对方对合同语言的理解差异成因诸多,可能是出于对权利义务的

"认识偏差",也可能是因语言表述的限制,导致合同语言未能全面反应相对方的真实意思,称为"表述偏差"[1]。

"认识偏差"在合同已签订的场合,相对方无论是基于已经表示于外的动机错误,还是法律行为的错误,其均会对合同的权利义务体系形成冲击,尤其会对重大的法律行为的错误构成重大误解,或订立的合同显失公平时,使合同处于可撤销状态。"表述偏差"一样会对合同的权利义务体系形成冲击,在订立的合同显示公平时,合同也处于可撤销状态。基于诚实信用原则的要求,当事人在明知相对方对合同语言的理解存在差异,且该差异对相对方不利的情形下,当事人应予以提醒,或提醒其消除误解,或进一步修改合同语言。但现实生活中,交易的达成存在诸多形态,难易程度各不相同。当事人的心态、合同目的,相对方的认识水平、性格、虚荣程度均千差万别。审查人员的定位和困境决定了其并非负有这种释明义务,且阐明会遭到委托人对其所站立场的质疑。

针对此情形,审查人员应分析具体成因,向委托方释明法律后果及应对策略。"认识偏差"和"表述偏差"若构成重大误解,或导致显失公平的法律后果时,审查人员应向委托人说明因合同处于的可撤销状态而导致的法律后果。"重大误解",指的是误解做出的意思表示时,对涉及法律效果的重要事项存在认识上的显著差异,其后果是使误解人受到较大损失,以致达不到缔约目的。一般认为,重大误解有以下几种:对合同性质的误解,对相对人的误解,对标的物品种的误解,对标的物质量的误解,对标的物规

---

〔1〕 本书之所以使用认识偏差和表述偏差的表述,出发点是为了识别需要而描述一种客观存在的状态,并非是概念独创。偏差的表述与大陆法系传统理论上所谓的"错误"有一定的联系,但也存在区别。错误的情形分为动机错误即意思与事实不一致和法律行为错误即意思与表示不一致。动机错误和认识偏差虽在客观上都表明了当事人的意思与事实不一致,但动机仅存在于内部,非他人所得而知,且同一类法律行为,表意人的动机是千差万别的,其不具备可识别性而不作为意思表示的因素。因此,错误被定义为表意人之意识的表示,偶然与表意人的意思不一致的事实。而"认识偏差"是当事人综合各类因素对表意人表示于外的意思进行主观判断得出的结论。法律行为的错误与表述偏差的区别在于,表述的偏差并非仅指表意人的意思与表示完全的不一致,即质上的不一致,法律行为的错位的内涵即是这种质上的不一致,表述偏差还包括表意人的意思与表示一致,但因语言表述的限制而造成差距,即质上一致而量上存在差异。在《民法通则》和《合同法》上都使用了"重大误解"的概念。误解是指相对人对意思表示内容了解的错误,误解的主体是相对人,误解针对的内容是表意人的意思表示。认识偏差和表述偏差的主体是相对人,但偏差针对的内容显然要宽泛的多,甚至含有相对人并未了解错误,但因语言使用限制而造成的差异。

格的误解,对标的物的数量、包装、履行方式、履行地点、履行期限等内容。给误解人造成较大损失时,则构成重大误解。“显失公平”是指双方当事人的权利、义务明显不对等,使一方遭受重大不利。其构成要件为:双方当事人的权利、义务明显不对等。这种不对等违反公平原则、等价有偿原则,超过了法律允许的限度,不属于因欺诈、胁迫、乘人之危、恶意串通损害他人利益等原因导致的显失公平。显失公平是从结果着眼,不要求主观要件。[1]《合同法》第54条第1款和第2款规定,因重大误解订立的合同和在订立合同时显失公平的,当事人一方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销,第58条规定:“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。”

审查人员在向委托方释明后有两种结果:一种是委托人自行或授权审查人员向相对方释明,重新商谈合同条款;另一种是委托人不同意向相对人阐明,将错就错。如审查人员面临第二种情形且无法拒绝服务时,只有结合《合同法》的规定采取针对性措施。但应注意的是,审查人员采取措施试图消灭相对人撤销权的出发点是使已达成的交易继续,确保交易的连续性,而非是追求让相对方被迫承担显失公平的结果。因从事法律职业的审查人员虽有维护当事人权益的职责,但更担负了维护合同法倡导的社会价值的义务。

《合同法》第55条规定了撤销权消灭的两种情形:其一,具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内没有行使撤销权的;其二,具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。第58条规定了合同撤销之后的法律后果。从《合同法》的规定分析,在签订的合同可能处于可撤销状态时,最理想的结果是消灭相对人的撤销权,最坏结果是合同被撤销,并且委托人除返还财产或折价赔偿后,还需承担赔偿责任。在追求理想状态时留给审查人员消灭撤销权的空间只有两种,即“时间空间”和“行为空间”,对于审查人员而言,《合同法》留下的空

---

[1] 崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第352-354页。

间并没有多少主动性的操作余地。在面对最坏结果时,审查人员应采取措施,如适当的收集证据,确保的最低限是在合同被撤销后,委托人不承担赔偿责任。消灭撤销权的时间空间除去采取一定策略拖延外,审查人员没有任何主动性,这完全取决于相对人,而对于行为空间审查人员可尝试利用。

按《合同法》第 55 条第 2 款的规定理解,相对人在知道撤销事由后,有两种方式表明其放弃撤销权,即明确的意思表示和实施具体行为表示放弃。这里留给审查人员的操作余地并非是相对人放弃撤销权的方式,而是把握让相对人知道撤销事由的"时机",即在时机成熟时,让相对人知道撤销事由,同时一并告知合同被撤销的后果,迫使相对人以意思表示或以具体行为表示放弃撤销权。时机是否成熟的把握应从两方面入手:第一,在履约过程中让相对人形成"骑虎难下"的态势;第二,通过证据的收集,使证据的证明力均指向是因相对人的过错造成合同被撤销状态的出现,如果相对人行使撤销权,其将承担赔偿责任。由此,审查人员收集的证据包括:能证明相对方有过错的证据和合同如被撤销,委托人面临的损失赔偿的证据。

值得注意的是,证据的收集并非仅指将履约过程中自然形成的证据予以保存,还包括围绕着既定目标刻意创制的证据,该部分证据既包括当事人单方形成的证据,也包括第三方配合及相对方"配合"形成的证据。只是审查人员在收集当事人单方和第三方配合形成的证据时,应注意法律对有效证据的规定,尤其需要注意的是证据的合法性问题。另外,审查人员在收集自然和创制形成的证据时,应观察相对方固定证据的范围及意图,尤其在相对方刻意收集,或通过不经意的行为意图形成新的法律文件来消弭因对合同语言理解差异造成的不利影响时,基本上意味着相对方已经发觉了差异的存在,并试图扭转,暂时的平静是因其还无足够的证据改变现状。对此,审查人员在综合判断相对方意图及已形成证据具有证明力的基础上,采取适当方式阻止相对方对证据的收集,并对新签署的法律文件予以高度重视。同时,审查人员应提防相对方通过实施具体的行为方式造成事实上的合同变更。

另外,通过程序控制和履约证据的确定将"偏差"确定为既成事实。"认识偏差"和"表述偏差"若不构成重大误解,或履约结果不会导致显失

公平时,当事人不会因面临相对方行使撤销权而出现使合同归于消灭的风险,但相对方意识到偏差的存在后可能采取的纠偏行为会对合同的顺利履行构成障碍,甚至其采取的反制措施会引发其他纠纷,无论出现上述哪种情况,都会对交易的连续性构成威胁,这也背离了当事人放任偏差存在的初衷。

为了避免出现“弄巧成拙”结果的出现,审查人员消除威胁的策略应根据当事人的需求制定。若委托方利用相对方失误的目的是出于交易的达成获取正常的履行利益,那么因相对方失误可能带来的“额外利益”并非是委托方的需求。在此情况下,审查人员收集证据的证明力主要是能证明客观上有“偏差”的意思表示才是相对方真实的意思表示。证明的目的并非是说服相对人接受“有偏差的”意思表示,即真实的“意思表示”,而是让其被迫接受这种结果,相对方之所以能被迫接受这种结果是因为根据已有证据能推导出的结论是更切合合同解释规则的结论。同时,为强化这种效果,审查人员应自然或刻意收集一些能够证明若相对方设置障碍或挑起纠纷时其可能面临损失的证据。当然,既然委托方放任相对方理解偏差存在的目的并非是获取额外利益,因此,对委托方可能获得的额外利益可作为筹码权利,通过筹码权利的让渡或放弃来换取正常交易的完成。如委托方利用相对方的失误是为了获取“额外利益”,审查人员只有通过证据的收集与组织来实现委托方的期待。

2. 委托方不知道相对方对语言理解有误时的策略

这种情况是指在客观上相对方对合同语言的理解有误,但委托方不知道相对方理解有误的事实,而当然以为这本身就是相对方的真实意思。在合同履约阶段,若相对方先于委托方发觉差异的存在,其纠正差异的行为可能会给委托方带来“意外”,合同各方当事人只有重新协商,或者提起诉讼或仲裁以请求变更或撤销合同;如委托方先于相对方发现差异的存在,可参考“当事人明知相对方对合同语言的理解存在差异”的处理方式。

三、合同语言与案件可控性的思考与对策

(一)可控性的内涵及制约因素

1. 可控性的内涵

可控性是指合同的签订、履行以及合同争议的处理结果都处于当事人

意料范围之内。可控性表现为:合同目的—合同行为—合同结果的一致性。可控性涉及时间和空间两个方面的因素,在时间方面是指合同的履行结果在特定的时间段可控,但在其他的时间段也许不可控,或相反。在空间方面,是指与特定的主体签订和履行合同能产生期待的结果,但与其他主体却不能,或相反。

2. 制约可控性的因素与合同语言

(1)合同行为和结果的可控性依赖于:合同行为的可知性、结果的可预测性、合同的可操作性和相互的制约性。可知性是指当事人清晰自己实施合同行为的目的,知道其拟实施的行为是否被法律、法规所禁止,是否违反内部管理规定。可预测性是指当事人依据规则判断拟实施的合同行为所带来的法律后果是否与自己期待的后果相同或相符,是会获得肯定性评价,还是会获得否定性评价。如行为后果与期待的后果不同,自己能否承担。操作性是指当事人预先设定的行为能够得以具体实施。制约性是指合同中至少存在两方当事人,因立场不同,权益的冲突性天然存在。因此,当事人的可控性势必受到相对方的制约。

(2)合同语言是权利义务体系的外在表现形式,从一定意义上说,当事人是依据合同语言记载的时间、方式实施合同行为。因此,合同语言表述准确是当事人控制合同行为的基础。合同是各方当事人在法律拟制的平等基础上协商一致的结果,制约性因素的存在影响着当事人对合同行为的可控性,其原因是,法律并未赋予任何一方主体可控制另一方主体行为的权力。因此,当事人的可控性不能脱离法律规定和合同约定的框架,离不开具体表述权利义务的合同语言。

(二)合同语言与解释空间的压缩

1. 对裁判者自由裁量权的反制

正常履约状态下,当事人为了增强可控性,可在犬牙交错的权利义务体系设置中突出自己的主动性,并利用合同语言最大限度地压缩相对方的解释空间。在合同纠纷发生的情形下,使用的合同语言应能做到最大限度地压缩裁判者的解释空间,从而达到缩小自由裁量权的目的。压缩解释空间是一种反制策略,反制的前提是能做到“知己知彼”。因此,无论是压缩相对人的解释空间,还是压缩裁判者的解释空间,都应在对合同解释的内

容、发生原因,尤其是裁判者惯常采用的解释方法有一定了解的前提下,反其道而行之,有针对性地予以反制,以达到压缩解释空间的目的。

2. 合同解释概念、成因及类型

(1)所谓合同解释,是指把握合同所使用语言、文字的意义,以阐明当事人真意,从而确定、补充或修正合同内容的作业。[1] 从合同解释的概念中可看出其包含三方面内容:第一,阐明合同语言所赋予的表示行为的含义,即阐述解释;第二,当事人的部分权利义务未在签订的合同中表述,但该遗漏部分涉及当事人的实质性权利义务,因此,为准确界定当事人的权利和义务,需补充合同内容,即补充的解释;第三,合同中有关于权利义务的表述,但若按该表述原样赋予法律效果,则有悖常理,故只能对合同内容予以修正,即修正的解释。

(2)合同之所以需要解释,根本的原因在于语言文字的多义性。由于多义性,使合同所使用的文字、词句、条款可能有不同的含义,不经解释不能判明其真实意思。当事人因文化水平的限制及法律知识的欠缺,往往在合同中用词不当,使双方真实意思难以明确表达。也可能有当事人出于规避法律或者不当目的,故意使用文字的不当词句,掩盖当事人的真实意思。

此外,人类的语言、文字的使用能力常有不足,于意思合致有关事项的表示,难免疏漏,非借解释而补充的内容,即难以圆妥,这也是合同解释原因事实之一。[2]

(3)合同解释的方法。《合同法》第125条规定:“当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。”从该条可以看出,合同解释的方法包括:文义解释、体系解释、目的解释、习惯解释和诚信解释。

文义解释是指通过合同所使用的文字语句的含义解释,以探求合同所表达的当事人的真实意思,合同的解释应从文义解释入手;体系解释是指把合同的全部条款和构成部分看作一个统一整体,从各个合同条款及构成部分的相互关联、所处的地位和总体联系上阐明合同语言的含义;目的解释是指解释合同时,若合同所使用的语言或句子可能作两种或两种以上解

---

〔1〕 邱聪智:《民法研究(一)》(增订版),中国人民大学出版社2002年版,第35页。

〔2〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第697页。

释时,应采用最适合合同目的的解释;习惯解释是指合同所使用的语言有疑义时,应当参照当事人的习惯加以解释;诚信解释是指解释合同应遵循诚实信用的原则。

3. 合同解释的实质

审查人员仅在明确合同解释的成因、内容和解释方法的基础上制定反制措施还不够,其还需明晰合同解释的实质,尤其立足于诉讼或仲裁发生的场合。从法律规定和学理解释来看,合同解释的目的是阐明当事人的真实意思,但对于裁判者"阐明争议主体的真实意思"仅为一种托辞,裁判文书中直接或间接对诉争主体真实意思的描述实质是裁判者依据证据推导出的,认定诉争主体的真实意思为"应是什么",而非"是什么"。因此,在裁判场合,合同解释的目的并非是真正地要阐明当事人的真实意思,或者说,探究诉争主体的真实意思仅是表象,其解释合同的目的是在公平正义的价值理念框架内,试图寻求一种客观公正地解决纠纷的方式,这本身与诉争主体的真实意思并无实质关联。

为达此目的,裁判者解释合同的过程是一个将可能反映客观事实的证据(履约阶段形成的证据并非总能反映客观事实)赋予其自己的主观解读,并通过裁判文书对外展示的过程。合同解释因此具有了浓厚的主观主义色彩。从客观效果来看,裁判者认定真实意思"应是什么"的效力掩盖了诉争主体真实意思客观上"是什么"的效力,即被裁判者认定的诉争主体的"意思表示",才是"真实"的。至于"应是什么"和"是什么"是否相符合并不重要。如符合,仅属客观上的巧合;如不相符,诉争主体的真实意思在客观上已被裁判者否定或忽略,即使否定或忽略并不符合客观真相,甚至裁判者意识到被自己否认或忽略的部分才是事实真相,但证据使用规则对裁判者自由裁量的限制也迫使其不得不服从于证据的证明力。

任何法官在接触民事案件时,第一反应或许不是专业直觉,如法教义学、法律规范和通说,而是作为社会一分子的基本公正感。此后才基于朴素的公正反应来分析案情,强化或改变自己最初的感性认识。[1] 裁判者"基于朴素的公正反应分析案情"的过程是对已经形成的有效证据的分析

〔1〕 谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第644页。

过程,并通过分析强化或者改变自己的最初判断。当然,其分析的有效证据包括合同。

在裁判场合,裁判者依据合同解释推导出的“当事人的真实意思”并非是当事人的真实意思,其仅仅是裁判者依据客观事实形成的证据,结合自己的主观判断,判断当事人的真实意思,且这种判断是否与当事人的真实意思相符并不重要。由此观之,进入裁判的合同解释的实质是裁判者依据客观证据的主观认定行为,至于裁判者使用的不同的解释方法,都是为印证裁判者主观认定行为的准确性服务。基于此,裁判者的解释空间来源于业已形成的合同语言和证据,或者说,合同语言越严密,有效证据越充实,裁判者的解释空间越小,自由裁量空间也越小,反之则相反。

4. 反制措施的应用

审查人员无法左右裁判者的意识,但其致力于证据的收集及制作来影响裁判者的主观判断。由此,审查人员可采用的反制措施贯穿合同的谈判、签订及履行的全过程,其包括两方面:一是合同签订时正确地使用合同语言。在当事人对相关权利义务条款达成一致,且均同意载入合同的,合同语言的使用应力求精准。合同各方主体对合同权利义务的认识一致,但如使用精准的合同语言会导致分歧影响交易的达成,而若使用相对模糊,甚至有歧义的语言形式上能造成各方主体选取利己解释,但交易顺利达成,且不影响大局的,正确的方式是使用模糊语言,甚至是有歧义的语言。合同各方主体对有关权利义务的认识不一致,且相互难以说服,为保证交易的达成,可以暂时选择遗漏。二是履约过程中对证据的收集及阻却。

如前所述,裁判者解释合同的基础是有效证据,裁判者解释空间的大小也取决于有效证据是否完整,是否成体系。因此,审查人员有针对性地收集或创制有效证据成为遏制裁判者自由裁量权的有效手段。根据不同的状况,收集和创制证据的针对性有所不同。合同各方对权利义务认识一致,且合同语言表述精准的,证据的收集目的是强化合同语言的含义。合同语言表述模糊,或者有歧义的,证据收集或补充法律文件的签署目的是印证对委托方有利的解释,通过证据的证明力变相明晰合同语言的含义或消除歧义。合同中遗漏的部分条款,证据的收集或法律文件的补充签署的目的是填补漏洞,合同语言的表述对自己不利的部分,证据收集的目的是

力争架空合同语言表述的权利义务，完成事实上的合同变更。

5. 录音证据和电子证据

根据《民事诉讼法》的规定，证据的种类包括：书证、物证、视听资料、证人证言、电子数据、当事人的陈述、鉴定意见、勘验记录。以下仅介绍录音证据和电子证据在实务中审查人员应注意的事项。

（1）录音证据属于《民事诉讼法》规定的视听资料类证据。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 68 条规定："以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。"第 70 条第 3 款规定，有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件，对方当事人提出异议但没有足以反驳相反证据的，人民法院应当确认其证明效力。

最高人民法院（2013）民申字第 529 号判决书中认为：录音录像属于视听资料，山东恒泰提供的录音录像虽未经过被摄录人员的许可，但该录音录像的方法未侵害他人的合法权益，其内容未侵犯他人隐私、人身、人格等权利，也未违反法律禁止性的规定，而且该份证据经过法院委托鉴定机构进行了鉴定，结论为未发现送检材料经过剪辑处理。根据上述规定，该份证据具有相应证明力，二审法院予以采信，并无不当。庆阳市鑫鑫果业储运有限公司与庆阳市锦嵘商贸有限责任公司企业借贷纠纷案（2014）民申字第 241 号，最高人民法院审查认为：鑫鑫公司提供的张宝印、李朝阳、张万成、鲜治杰、左爱琴等人的证人证言及录音资料中，张宝印自认是鑫鑫公司的副总经理；张万成是鑫鑫公司建果库的施工人；鲜治杰、左爱琴曾向鑫鑫公司的法定代表人刘志秀借款；李朝阳陈述曾经给锦嵘公司法定代表人付文义投资，但双方合作不是太愉快。可见，上述证人与本案均存在一定的利害关系，其证言及录音的证明力较弱，不足以采纳作为认定本案两笔含有高额利息的证据。王守成与单学强等损害股东利益责任纠纷案（2014）民申字第 1989 号，最高人民法院认为：王守成提供的电话录音材料仅表明，谈话人曾经谈论过转让协议问题，但转让的标的、价格、付款时间等合同必要条款内容并没有明确涉及。仅凭该录音材料不能证明案件涉股权转让协议成立并以履行，不能以此得出二审判决认定的基本事实及彩排结果错误的结论。

根据最高人民法院的司法解释,结合最高人民法院的判决,可从以下几个方面来看待录音证据:第一,录音证据的来源上可以是取得了被录音人的同意,也可以是偷录,既可单独使用录音设备,也可使用电话录音。但录音证据的取得必须合法,不得侵犯被录音人的隐私、人身、人格等权利;第二,对录音证据自身的要求,即录音证据要完整,不能经过剪辑、合成等方式处理,实务中,审查人员可委托公证处采用证据保全的方式避免使被录音人由此为借口抗辩。录音证据可以是原件,也可以是复制件,但如是复制件应明确来源且不能存在疑点;第三,录音内容要清晰,在没有其他证据佐证的基础上,录音证据的指向要明确,应能根据其自身内容判断当事人之间的权利义务归属或实施的行为。如有其他证据佐证,须根据录音证据在案件中的地位确定能否被采纳,如录音证据仅是起辅助作用,对其内容的要求相对较低,但如果录音证据是作为证明案件事实的主要证据使用,其应有的内容可参考没有证据佐证录音证据的情形。实务中,若审查人员需要收集录音证据,应事先根据需要完善对话提纲,且该提纲应符合日常的表述习惯;第四,对被录音人的要求,从最高人民法院(2014)民申字第241号裁判文书可看出,录制人如与被录音人具有利害关系,其证据效力相对较弱。

实务中,审查人员为避免上述情况的出现,可采用复合手段予以解决。首先,在合同中明确相对方负责执行合同的执行人和联系方式,并约定执行人更换后相对方在一定时间内的通知义务及未通知的法律后果,或者由相对方出具授权委托书,在委托书中明确受托人的授权权限和时间。约定执行人的目的是防止相对人以“被录音人无权回答,或解释”为由抗辩。其次,在履约中,审查人员可针对合同中约定的执行人录音,取得相对方法定代表人的录音。当然,在社会实践中,存在诸多这样的公司,其法定代表人并未实际参与公司管理,甚至有些是用买来,或借来的身份证来登记为法定代表人。于此情形,若合同中又未约定执行人的,或相对人没有开具授权委托书的,寻找被录音对象的范围可界定为在合同文本上签字的人员、合同的具体执行人员(最好留有执行合同的蛛丝马迹),或者是能构成表现代理的人员。

(2)电子证据是指以电子形式存在的,用作证据使用的一切材料及派

生物。其既包括反映法律关系产生、变更或消灭的电子信息正文本身，又包括反应电子信息生成、存储、传递、修改、增删等过程的电子记录，还包括电子信息所处的硬件和软件环境。从《民事诉讼法司法解释》第116条规定可以看出：电子证据包括电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博、手机短信、电子签名、域名等。电子证据具有表现形式的多样性、存储介质的电子性、记录内容的准确性、脆弱性和数据的挥发性。

《民事诉讼法司法解释》确定的电子数据的种类，虽然丰富了电子证据的类型，但在实务中，电子证据想要作为有效证据被法院采信还需符合证据的三性，即合法性、关联性和真实性。抛开合法性、关联性不谈，仅就一个真实性就能成为让审查人员难以逾越的鸿沟。其主要体现在两个方面：一方面，与书面文件相比，书面文件多以纸张的使用为载体，不仅记录着签署人的笔迹，还可以长久保存，且保存的过程、环境和时间段长短能通过技术手段予以鉴别。但电子证据使用电磁介质，储存的数据修改简单且不易留下痕迹，加之机器和网络故障，尤其是系统被入侵的发生，电子证据被不易察觉地修改、毁灭的可能性大增；另一方面，网络为虚拟空间，如QQ聊天记录，聊天的人多数使用的是昵称，但即使其使用的是真实名字，在一方主体否认时，如何证明坐在电脑前聊天的就是本人也十分困难。实务中，针对电子证据自身具有的脆弱性和虚拟性带来的弊端，审查人员不妨可换一个角度思考，尝试从以下几方面正确利用电子证据：

第一，事先细化分配举证责任。根据《民事诉讼法》的规定，“谁主张，谁举证”。一般而言，提出主张的人除提供证据之外，还需证明电子证据的真实性、合法性和关联性，即举证证明电子证据真实性的责任分配给了提出主张的一方。比如，当事人举出相对方合同执行负责人的QQ聊天记录以证明某事项，此时若再让其证明坐在电脑前聊天的人就是相对方的合同执行负责人，则基本上属于不可能。由此可以看出，证明证据真实性的责任在哪方，哪方则面临着不利的法律后果。因此，审查人员在涉及合同的“地址或通知”条款时，可将负责合同执行或联系人的电子邮件、QQ号码载入合同条款。在纠纷发生后，提出主张的一方提交聊天记录或电子邮件内容时，相对方若否认证据的真实性需提交相关证据。举证责任的事先分配在一定程度上可提高电子证据的证明力。

第二,审查人员应正确认识证据的三性在不同阶段的作用。正确认识证据的三性应区分在合同履约的不同阶段。

审查人员应注意的是,裁判文书中反映出来的省略或忽略只是从结果状态着眼得出的结论,而实质上,审查人员欲取得相对有利的裁判结果,应从影响裁判者主观认定的过程开始,而影响实质性判断的因素除包括符合三性的证据外,还包括裁判者的价值取向、文化背景、个人好恶等。因此,在民事案件中,审查人员提交的证据不应太过呆板僵硬而拘泥于其应有的法律特性。

合同争议的发生在履约中是常态,但争议的发生并非都是诉诸于法律层面解决。在合同利益统一性的大前提下,以沟通方式消除争议也是解决争议的惯用手段。沟通在大多数情形下是一个相互说服对方接受自己主张的过程,但沟通并非是单纯的说教,并非是对抽象的公平、正义、诚实信用原则的解释。沟通必须建立在"摆事实"的基础之上,争议各方在评估利害关系,综合考虑成本和效率的基础上做出的妥协。摆事实,评估利害关系,成本投入与产出的考量,除诠释合同约定的条款之外,对履约过程中形成的证据的评估是一个极其重要的环节。当事人,尤其是专业人士肯定会站在证据应有的三性角度综合评估己方和相对方的证据效力,但无论是哪方,评估的结果充其量是站在自己立场上的一种主观判断。因此,审查人员在履约过程中应尽量围绕着预定的方向收集、整理、甚至创设证据,该工作并非仅是为确保在纠纷发生场合能取得胜诉的结果,而是为了在履约中取得足以说服相对方接受自己主张的目的。既然如此,证据的收集和整理的范围可以适当扩大,在穷尽可能的手段都无法满足三性要求时,可权且当成谈判的筹码使用。

第二节　合同语言的构成及思维观念

一、合同语言的构成及分析合同语言构成的意义

(一)合同语言的构成部分及注意事项

合同的语言往往由四部分组成:法律专业术语、标的专业术语、约定俗

成的语言和日常书面用语。对于专业的审查人员而言,约定俗成的语言应该杜绝使用。

1. 法律专业术语

合同文本记录的是各方当事人拟实施法律行为及行为后果的法律文件,在合同文本中势必会涉及法律专业术语的使用。合同文本中记录的内容是否准确完整,有赖于对合同语言的组织和使用。审查人员应结合合同法的独有特点,从以下几个方面准确把握法律专业术语的特性:

第一,法律术语内涵与外延的准确性及例外。法律专业术语比较突出的特点就是内涵与外延的准确性,但对于合同领域,不乏相对不确定内容的概念存在。比如,《合同法》第 9 条中规定的“民事权利能力”、“民事行为能力”;第 10 条、第 11 条对“书面合同”形式的界定;第 14 条、第 15 条对“要约”和“要约邀请”的区分等,诸如此类概念都对其内涵和外延的界定十分清晰。但如第 6 条中规定的“诚实信用原则”;第 7 条中规定的“社会公德”;第 52 条中规定的“国家利益”、“社会公共利益”;第 107 条中规定的“不履行合同义务”或“履行合同义务不符合规定”等,都属于不确定的概念。不确定概念是指法律上有规定,只是规定不具体,没有明确的构成要件,因而适用的范围不确定。[1] 由于《合同法》上不确定概念的成因不同,如“诚实信用”、“国家利益”、“社会公共利益”等根本无法给出一个准确的内涵和外延,甚至有些连做出一个准确的定义都不可能。加之,这些概念具有的时代性的弹性特征,其内涵和外延更加无法确定。前者如“终止”概念在某些条款中的使用,后者如“不履行合同义务”及“履行合同义务不符合约定”。

审查人员区分不确定概念成因的意义在于准确地组织合同语言,主要包括以下四点:(1)直接使用。对于内涵和外延已确定的概念可直接使用,无须对其进行专门的描述或解释,如“合同”、“负担”、“税金”、“以上”、“以下”等。实务中应注意有些法律语言在法学理论上有着确定的内涵和外延,但之于具体合同中,如该语言较为关键,且直接使用有一定风险时,审查人员可结合具体情况予以解释。例如,在股权转让合同中受让方关注

---

〔1〕 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社 2012 年版,第 255 页。

的“或然负债”。“或然负债”在法学理论上有着相对清晰的定义,但为使合同语言的内容更加准确,可以做出以下界定:“或然负债是指由于股权转让基准日之前的原因,在股权转让基准日之后使目标公司遭受的负债,而该等负债未列明于出让方股权转让基准日前的法定账目中,也未经双方做账外负债确认的,以及该等负债虽在出让方股权转让基准日前的法定账目中列明,但负债的数额大于账目中列明的数额的……”(2)适当关注。对于诸如“诚实信用”、“社会公共利益”这些无法界定内涵和外延的概念,在合同语言组织上应依据合同目的、合同内容、时代特征等综合因素判断其价值取向是否符合。应引起注意的是,该判断在大多数情形下没有标准答案,甚至没有权威机构能事先给出是否相符或相悖的结论。审查人员唯一能做的就是依据自身的专业知识,结合裁判机构的裁判规则,做出一个大致的判断;(3)指向明确。对于法条中使用的上位概念,审查人员应结合当事人的真实意思,准确挑选意思精准的下位概念,如以“消灭”或“解除”来替代“终止”,对于高度抽象的概念,比如“不履行合同义务”,应在合同中明确不履行合同义务的具体形态,并明晰相对应的法律后果;(4)界定边界。如“违约金”、“损失赔偿”等,合同语言的组织应立足于解释,包括明确其性质、适用条件、计算方法等。

第二,对法律术语的晦涩性认识。法律术语的晦涩难懂来源于两方面:其一,许多法律术语本身就违反了我们使用的语言习惯。如“不作为”,从内部结构看是偏正关系的动词性词组,但在法律语体中,作为术语的“不作为”就不再是动词性词组,而是具有名词性质的法律概念,性质的变化导致该词在句子中充当的成分发生变化;其二,与语言的使用者自身的表达方式有关,如经常出现的模糊、呆板的,或故弄玄虚的表述方式。法律术语与语言习惯的冲突审查人员无法改变,但在表述方式上,审查人员可予以高度关注,若使用简洁的表述能准确反映当事人的真实意思,尽量使用简洁的语言。若简洁的表述可能会带来误解,审查人员则不能为了简洁而简洁。

2. 标的专业术语

(1)标的专业术语是指对所涉合同标的特殊的物理属性、权利属性、专业用语、行业认定标准、行业评价标准的描述,或者是对法律规定中有关内容的细化。合同行为是一种经济行为的体现方式,其与各行各业经济活动

的交集天然形成。站在法律职业的角度观察合同与行业的交集,就如同一个同心圆,合同处于同心圆的中心,处在圆弧的各行业的经济活动以各种形式的合同反映出来与合同形成交叉,相互产生作用。

(2)合同审查人员与一般人及专业技术人员的差异。法律作为一门科学有着其独特的专门术语和表述习惯,各个行业也是一样,都有着一批用于概述该行业特有事物或现象的专业术语和表述习惯。合同与行业的交集最终体现为人与知识的交集,即审查人员及其掌握的知识与行业专业人员及其掌握的知识的交集。对"人"的分析不仅是对其职业差异分析,还包括了思维差异分析,而主导"人"思维活动的是其掌握的知识和由此形成的思维方式。

(3)物理属性是对合同中所涉合同标的的物理属性的认识和描述,包括对产品外形、内在质量、结构、作用、材质等的认识和描述。审查人员基于对产品物理属性的认识组织合同语言,构建权利义务体系。实务中,买受方购买刮胡刀和购买变压器等合同都归类为买卖合同,承建土木工程和承建电力工程等都归类为建设工程,但标的自身的差异,使合同条款的设置有着天壤之别。例如,买卖合同中的标的是变压器。根据变压器的作用分为升压变压器和降压变压器,根据内部结构的差异分为油式和干式变压器,根据包绕线圈的材质不同,分为铜线圈和铝线圈变压器。关于变压器的专业术语不同,自身具有的意义不同,其作用、价格、适应的环境、保养方式、出现质量问题后如何处理,质量问题检测的认定流程、鉴定机构等具有严格的区分。对合同审查人员而言,标的性专业语言类似于"以事实为依据"中的"事实",专业语言术语不清晰就意味着"事实"不清晰,"事实"不清晰,法律的适用就很难做到准确。

(4)不同的行业有着不同的特性,这些独有的特性决定了不同行业对有关事项的认定标准不同。在法律仅有概括性规定时,行业的认定标准则成为处理标准,至少是参考标准。合同中,语言的使用及反映的权利义务体系不应违背这些标准,否则不但会给当事人带来风险,也会给管理者带来风险,尤其在出现事故、酿成纠纷、造成损失时,潜在的经济风险和人身风险都可能会演化为现实风险。《建筑法》第29条第1款规定:"建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分

包单位;但是,除总承包合同中约定的分包外,必须经建设单位认可。施工总承包的,建设工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。"仅从法律角度观察,工程分包所应具备的条件并不难归纳,但在实务中,工程类型不同、行业不同,对于主体工程的界定范围不同。

(5)行业中规定的概念与法律法规的概念有时会存在的差异。审查人员在组织合同语言时应关注到这种差异。《侵权责任法》第73条规定:"从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的,经营者应当承担侵权责任,但能够证明损害是由受害人故意或者不可抗力造成的,不承担责任。被侵权人对损害的发生有过失的,可以减轻经营者的责任。"该规定涉及"高压电"概念在电力行业和法律规定上存在差异。电力行业,根据有关技术标准的规定,设备对地高压高于250V为高压电,输送电力线路10KV及以上的电压等级为高压电,《侵权责任法》及司法解释并没有规定高压电的具体指标,已经被废止的《最高人民法院关于审理触电人身伤害赔偿案件若干问题的解释》(法释〔2001〕3号)中规定的高压电是指1KV及以上的电压等级。日常生活中,一般居民接触的多是220V和380V的电压,但无论是220V还是380V的电压,人在接触时都会发生危险,甚至会导致死亡。法释〔2001〕3号被废止后造成了高压电法律标准的缺失,而电力行业确定的标准显然过高,且不说10KV以上会给人体造成何样的损害,即便是1KV的电压等级,人在接触时也基本无自救可能。法释〔2001〕3号确定的标准应是基于此考虑做出。实务中,10KV受送电工程作为建设工程的配套工程十分普遍,伤害事故在所难免,合同中如缺乏相应约定,一旦出现事故则纠纷的发生也在所难免。

(6)特殊行业中,法律虽规定了相关概念,但由于规定模糊,实务中可做出不同的解读,最终导致在法律结果上承担的质的差异。还以《侵权责任法》第73条为例,在发生人身伤害赔偿时的责任承担主体被界定为"经营者"。涉及电力的责任主体,对第73条的解读应为"从事高压电活动的经营者"。按照《侵权责任法》的解读,在实务中仍存在责任主体缺位的情形,即有些单位并非从事任何生产经营活动,而是自行持有高压电力设施产权,并通过使用该部分设施来从事非生产经营活动的电力用户,如公立学校、公立医院。作为非生产经营单位,虽然从事高压活动,但并不属于

“从事高压活动的经营者”，根据《侵权责任法》的规定，其不能作为高压损害赔偿纠纷的责任主体。按照该逻辑，在有人触电受到损害时是否因没有责任主体而无法获得赔偿？答案显然是否定的。站在供电公司立场，审查人员在面对这类合同时，应区分法人属性，对私立医院、私立学校无论其宣扬的是不是以盈利为目的，都应将其视为营利性单位，在合同设置上可采用复合体系，第一层明确其为经营者，第二层明确责任承担及追偿条款。明确经营者地位的目的是试图从根本上规避供电企业的责任，但由于裁判者的个体差异和基于对弱者的保护，即使在入网合同或供用电合同中明确经营主体，也存在不被认可的风险。责任承担条款主要指经济责任的实质承担主体，明确即使裁判者认定供电企业为责任主体应当承担赔偿责任，赔偿款项应由使用者支付。追偿条款的设置目的是预防使用者不支付款项，而供电企业又被迫垫付的情形，明确垫付后的追偿权利及损失承担。对于纯公立性质、非营利性的事业单位电力用户，审查人员应建议供电企业在与其商谈《入网合同》时，要求其必须落实管理电力设施设备的维护单位，否则不准许其接入电网运行。在使用单位落实维护单位后，可考虑签订三方合同，即包括供电方、受电方和维护方三方。合同依然采用符合体系，第一层明确经营者主体，第二层明确责任承担主体和追偿条款。

3. 约定俗成的语言

(1)约定俗成语言的概念。约定俗成的语言是指事物的名称或表述习惯经过人们长期使用而确定或形成。约定俗成的语言具有特定的空间性。在特定的地域，该类语言有着相对固定的内涵和外延。如“入伙”，在合伙企业的含义和房地产房屋买卖合同中的含义相去甚远。房地产买卖合同中的“入伙”是交房的意思，合伙企业中的“入伙”是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙，从而取得合伙人资格。

(2)约定俗成语言的摒弃。约定俗成的语言的空间性决定了在不同的地域会发生不同的理解，而因此产生的解释差异是源于标准的缺失。合同审查人员，在涉及该类语言使用时，即使表述不会产生争议，也必须规范，规范应坚持一致性原则，即法律有规定的与法律规定保持一致，专业技术语言有规定的与专业语言保持一致，法律和专业技术语言都未涉及的与普通话的说法保持一致，以避免因歧义带来的不必要的争议。

4. 日常书面语言

日常书面语言是指除法律专业术语、标的性专业语言和约定俗成的语言之外的语言。日常书面语言的组织,前后顺序的摆放,尤其是涉及关键义务条款时,语言的组织、摆放顺序的不同造成的法律后果有很大差异。

书面日常用语在合同中所占篇幅较大,审查人员在组织合同语言时除注意组织和摆放顺序外,还应尽量避免晦涩难懂语言的出现。

(二)合同语言构成分析的重要性

1. 有效配合——正确认识社会分工

如前所述,合同语言由法律专业语言、标的性专业术语和书面日常用语组成。每一个专业领域都有自己独有的语言特征。毋庸置疑,审查人员能够熟悉掌握的是法律专业语言,仅能表达和解释好法律这一专业语言。但作为合同审查中的主角,仅熟知法律,仅能娴熟地驾驭法律专业术语,很难想象其能独立地完成好涉及各种领域合同的工作。对于专业技术人员,法律术语显得高深莫测,即使勉强能够清晰大致的含义,也无从真正理解其应有的内涵和外延,一旦再将行为结果与之结合,多变的组合更令人匪夷所思。同理,对于审查人员,专业技术术语是一样的高深,若审查人员连基本的术语内容都无从理解,根本就谈不上法律的适用和合同语言的组织。于是,社会分工的要求是审查人员与专业技术人员的紧密配合。

2. 因人而异——区分使用合同语言的群体

合同语言的构成分析本身包含了对使用合同语言人群的分析,其中对比了法律专业人员和技术专业人员各自的优势、劣势,在正确认识社会分工中进一步明确了两类人员的配合关系。除极少数为签订合同而签订合同的情形,合同签订并非是当事人的终极目的,利益的实现只能通过履行完成。因此,审查人员对适当使用合同语言应因人而异,需关注两个群体:一是掌握法律知识的审查人员和掌握标的性专业知识的人员;二是具体执行人员。从获取利益的角度观察,上述两个群体的作用有时难分主次,但缺一不可。对审查人员而言,书面商务合同中的法律语言具有特定的含义且表述清晰,但对其他人员来说,其措辞往往充斥着大量术语而十分晦涩。很难想象,对合同语言都未完全理解的决策人员能作出正确的决策,即使勉强作出决策也难以做到符合其真实意思,我们也很难想象,一群连合同

语言都未完全理解的执行人员能正确执行合同，即使执行也难以得到一个完美的结果。

至此，常态下，审查人员关于正确使用合同语言的工作应包括三个方面：(1)自己使用适当的合同语言，这是决策层和执行人员正确理解和执行合同的基础；(2)合同签订前与决策层充分的沟通，让其在决策前充分理解即将决策的内容。商业项目的成败往往在一瞬间，除商业环境、法律环境等宏观背景的变化左右项目成败外，细节也是决定成败的关键。"准确理解合同语言"应当之无愧的属于细节中的重中之重。因此，在合同签订前，审查人员应全面、详细地讲解合同语言的含义，然后根据实际情况确定重点讲解的内容。一般而言，重点内容应包括：关系到核心权利、重要权利的部分，权利实现的前提与当事人的义务，当事人义务履行的现实性和难度以及不能履行的影响，权利之间相互制约的关系、能否按时实现对合同目的的影响。审查人员对合同语言释义的目标是让当事人的决策层明晰："知道自己准备做什么，为什么这样做而不那样做"、"合同一旦签订，做或不做有什么样法律后果"、"如何争取有利的后果和避免不利后果的方式与手段"。决策层只有在相对准确地把握了合同语言含义的前提下，才能准确地把握得失利弊，才能正确评估自己的能力范围，使决策有的放矢，使签订的合同与自己的真实意思相符合；(3)在合同执行前与执行人员充分沟通，确保合同在执行过程中"不走样"。"不走样"则意味着合同被顺利执行，"不走样"是合同利益实现的前提，而确保"不走样"的前提是知道"样"是什么，然后才能谈怎样做才能"不走样"。

审查人员与执行人员的沟通目标有三点：第一，告诉其"样"是什么，即让其准确理解合同的内容、了解相应的权利义务、认知潜在的风险和在执行过程中的注意事项；第二，执行人员怎样执行才能做到"不走样"，即让其知悉执行合同的主要节点，包括时间节点、方式、要求等要素。必要时审查人员应进行合同交底，交底的内容包括：让在合同执行过程中所涉人员对合同的主要内容达成一致理解，为顺利履行合同做好铺垫，列明合同执行中的事关合同目的"脆弱点"，明晰"脆弱点"的可能来源是商业风险，还是法律规定，分解落实合同目标和责任，确保自己不违反合同约定，同时关注相对方义务的履行，对可能出现的违约行为做好及时交涉预案，分类明确

时间节点或标志性事件节点出现的逻辑关系,作为取得阶段性权利或履行义务的起始点;在合同履行中,择机对合同中的己方缺陷进行补漏,转化主被动关系,并预防相对方补漏;第三,“走样”以后的反馈和临时处置。既然合同是对未来关系的规划,那么合同在签订时许多因素则处于不确定状态。无论合同约定的条款多么完美,应对策略多么详尽,这都不能排除合同约定之外的因素出现,其中包括合同各主体的主客观情况的变化、突发的社会和自然事件的出现。履约中,当事人对这些可能出现的变化,尤其是突发事件导致的变化应具备应急处理能力,若有意无意地将应急处理完全寄托于执行人员的随机应变,那么,这种应变不但徒增执行人员的心理压力,也会因执行人员不具备应急处理能力而使事情变得更加糟糕。“凡事预则立不预则废”,针对有些合同,审查人员应协助当事人建立或完善应急方案,明确应急处理流程,力求在意外事件出现时能从容面对。

3. 对症下药——寻找适当合同语言

“对症下药”是指找到事物的问题所在,有针对性地采取有效的措施。合同语言的症结在哪首先应列入审查人员的考量范畴,然后才谈得上“对症下药”。一般而言,欲准确判断合同语言是否具有症结,则需先确定一个判断标准或设定一个评价目标,然后与标准或评价目标比照看其是否存在差距,如有差距,则该部分即为症结。合同语言不像其他工矿产品,无论是对外观,还是对内在品质都有着明确的产品标准,其品质的好坏有些可用肉眼观察,有些可借助其他设备及专业人员予以鉴定。但对合同语言好坏的评价是典型的结果主义,即只有在结果明确的情形,才能对使用的合同语言的好坏做出最终的定论。因此,对合同语言确定一个统一的评价标准是极其困难的,但即使是这样,也不妨碍给合同语言预先设定一个评价目标,即合同语言应是“适当”的语言。

那什么才是“适当的合同语言”?合同语言是权利义务的外在表现形式,正常情形下,合同语言的内涵和合同外延应准确界定合同各方主体的权利义务。但由于认识偏差和理解偏差的存在,合同语言反映的权利义务与当事人的真实意思存在差异。基于此,合同语言反映出的内容与当事人真实意思表示出的内容具有一致性和差异性。“适当的合同语言”是指从自利角度出发,不失时机地成全这种一致性或差异性,也就是说,站在自利

立场,"适当的合同语言"可以规范、严谨、准确,也可以相反;规范、严谨和准确是为保持一致性,而不规范、不严谨和不准确是在不得已的情况下有意体现出的差异性。合同是各个主体之间的博弈,合同策略的采用包括了合同语言的组织与使用,其是实现当事人自己假定的最佳选择,而其作出这种假定的同时也假定了相对方会作出利己的最佳选择。或者说,当事人假定相对方会作出最佳选择,那么自己也会作出最佳选择,这种对应的选择被称为"策略"。合同语言的组织和使用既然是策略的一部分,那么其使用的原则就应以"最佳选择"的实现为目的,而不应拘泥于所谓的规范、严谨和准确,混淆手段、策略与目的之间轻重的关系。从这个角度讲,"适当的合同语言"有时是机会,有时是陷阱。机会是针对交易各方主体而言,而陷阱则是在不得已的情况下故意为之。

既然"适当的合同语言"有时与合同各方主体的真实意思表示一致,有时又存在差异,那么病症则表现为:"该一致时不一致,该有差异时却又消弭了差异"。"对症下药"的目的是消除上述症结。消除症结的最好方式是清晰拟签订和履行的合同在经济链条中的地位和性质,明确当事人的权利体系构成,并准确区分体系中的核心权利、重要权利、筹码性权利、制约性权利、影响性权利。在准确区分权利性质的基础上明晰权利实现的轻重缓急。最后,根据具体情形选择"适当"的合同语言。

4. 无奈的担当——审查人员如何应对权威对语言的干预

实务中,审查人员应注意两种可能会打乱审查人员工作安排的情况:第一,正确认识等级秩序对合同语言的干预。审查人员在工作时往往是处于一种组织架构之中,无论服务的主体是政府机关,还是企业,无论是国有,还是民营,等级秩序都是客观存在的。虽然审查人员的工作具有独立性,但这种独立性是相对的,使其不得不经常面对权威以诸多借口做出干预,而权威也许并非法律专家,其干预也并非总是正确的,但结果往往是权威战胜专家,审查人员的"金玉良言"不得不选择屈从或妥协于权威的"金口玉言"。若权威对合同语言的修改正确,则意味着审查人员的工作不到位(在信息不对称或有其他考虑除外);若权威对合同语言的修改不正确,或打乱审查人员"对症下药"的安排,且审查人员又不得不妥协时,其只有从履约控制过程中"无形地"扳回权威的错误,而不能放任因该错误引发的

不利后果。因在合同领域,即便是由权威的因素导致的错误,最终也会被认定为审查人员的错误,审查人员的困境决定了其应该承受的担当。

[**案例16－2**]某央企三级公司与系统内一家企业签订了一份合同,合同中设置了“担保”条款(按系统要求,三级公司在未取得上级公司书面同意下不得签订具有担保内容的合同,否则会被追究领导责任)。审查人员在合同审查时出具书面建议认为该合同不应签订,因此并未提出具体条款的修改意见,包括担保条款。该三级公司经营层基于各种考虑签订了合同,其法定代表人兼公司总经理在合同签字栏上签署了名字。合同履行过程中,相对方依据担保条款要求该三级公司承担责任。于是,已在合同上签名的“权威”大发雷霆,要求各部门,尤其是合同审查人员做检讨并对其追究责任。“权威”在要求下级检讨时,明确告知各部门和审查人员,虽然其在合同上面签字,但并未看合同内容,而合同内容的审定应由审查人员负责。既然合同中有“担保”字眼,审查人员就应专门提示。审查人员拿出书面建议予以辩解无济于事,更“坐实”了其未在书面意见中提示“担保”字眼的事实。

审查人员在无法改变权威的情形下,为避免成为“失败者”唯一的途径就是做好履约控制,力争让“无言的证据”扭转被动局面。

第二,官僚文字对合同语言的影响。等级秩序下“金口玉言”对“金玉良言”的干预往往具有临时性和偶发性。而官僚文字对合同语言的干预却具有相对的长期性。此处的官僚文字并非指权力机构做出的书面文件,而是系统内或行业内的上级机构以规范的名义下发要求下属单位或下级单位遵照执行的合同范本。不可否认的是,合同范本的制定具有一定的示范意义,但若作为强制命令要求下属单位执行则具有了官僚性。官僚文字无视合作方的特殊情况,无视下属单位合同审查人员的能动性,无视经济背景、法律背景的变化,误以为规范就是所谓的形式、格式和措辞的统一,其实是将规范与千篇一律进行了等同,具有典型的任意性和骄横性。且不说官僚文字制定者水平的高低,仅从合同领域观察,完全“以不变应万变”的策略确实是比较僵化。此种情形下,审查人员只能“曲线救国”,在履约中控制证据并关注过程性法律文件的形成。

二、合同语言的使用与审查人员的思维

(一)合同语言使用对象的思考——合同是谁的合同?

合同是谁的合同?回答起来非常简单,合同当然是当事人的合同。但实践中,如此简单的一个问题却经常被忽略,或被颠倒,不过,被忽略或被颠倒往往不在“言谈”,而在“举止”。“言谈”上,估计审查人员都会明确回答:“合同不是我的合同,是当事人或委托人的合同。”但反映到“举止”上,有时难免会让人产生质疑。在“举止”上忽略“合同是谁的合同”这一问题主要体现为审查人员使用合同语言时会有意或无意地忽略当事人或委托人的理解能力。“颠倒”则更过分,审查人员以“规范”、“严谨”、“专业”、“准确”为幌子,将简明的语言故意组织的艰涩难懂,根本不考虑当事人的理解能力,或者就因考虑了当事人的理解能力,而故意为之。此时,“合同是谁的合同”的问题根本不在他们考虑的范围之内,或者干脆将合同置于自己麾下。“举止”与“言谈”的不协调,充分暴露了该类审查人员的虚伪,充分反映了以“自我为中心”的自私。

法律语言既是一种包含性语言,也是一种排除性语言。[1] 包含性体现在“法律人”团体内部,使用专业法律语言是用以区分法律职业与其他职业的标志,同时,这种区分也将不是本团体的人排除在外。作为法律人的审查人员,其定位应是充当法律人与非法律人之间的“媒介”,这也恰恰是其工作与赚钱的机会所在。当事人给予审查人员以工作和赚钱机会的目的是“互动”,“互动”的目的是知悉自己所设计的行为模式是否已准确地反映在拟签订的合同之中。因此,明确“合同是谁的合同”这一问题涉及正确看待合同语言的使用对象、涉及合同语言的使用风格、涉及审查人员的定位是否准确,而这些都关乎合同的顺利履行和社会对审查人员的评价。

因此,在无特殊情况下,合同审查人员使用合同语言应在确保准确的前提下,尽量使用朴实、易懂的语言。既然合同是当事人的合同,合同的履行主要依靠当事人完成,那合同价值的实现很大程度上取决于当事人对合同的认知。审查人员使用合同语言时应充分关注当事人,甚至相对方的认

---

〔1〕[美]约翰·吉本斯:《法律语言学导论》,程朝阳、毛凤凡、秦明译,法律出版社2007年版,第44页。

知水平、理解能力和后续执行人员的理解能力,在不实质影响合同权利义务体系清晰度的前提下,处理好通俗易懂和艰涩难懂的关系。

(二)正确看待合同语言的准确性——合同语言不能出现歧义吗?

1. 合同语言可以有歧义

合同文本是为了固化当事人之间的权利义务关系,准确应是最基本的要求,否则合同就失去作为规则的作用。歧义是准确的破坏者,歧义是一种语言形式传达出两种或两种以上的语言信息表达。引起歧义的原因很多,既有技术层面也有主观层面。相对而言,因技术层面引发歧义的情况可以通过技术提高加以避免,因主观层面(即认识能力和理解能力)引起歧义的情况却无从避免。

那么问题就是:合同语言能不能出现歧义?答案显然是肯定的。[1] 合同语言对于合同的重要性是毋庸置疑的,合同语言出现歧义往往是合同争议发生的隐患之一。所以,合同的审查往往要求使用的语言必须准确、严谨、无歧义。但凡事均有两面性,合同语言也不例外。合同关系是一种利益关系,合同利益既相互对立,又谋求相互承认。合同语言就是这种利益关系的外在体现,在"谋求相互承认"的过程中,合同语言有时不得不充当妥协的工具,赋予合同语言以歧义往往是当事人之间妥协的结果。因此,在不违反法律强制性规定、不涉嫌胁迫、欺诈的前提下,本着"歧义利我"的原则,使用一些具有歧义的合同语言并无不当。

[案例16-3]甲公司要开发一个大型项目,需确定一家电力施工企业,由于通电对于甲公司的交房进度影响较大,所以,甲公司在确定施工企业时提出了一个严苛的条件,即施工企业必须保障按合同约定的时间通电,同时对不能按约定时间通电的情况设定了高额的违约处罚。许多施工企业因该条款望而却步,原因有两点:第一,是否能通电、何时通电赖于供电公司的决定,并非施工企业能力所及;第二,为了减少纠纷,项目所在地供电公司对自己下属的施工企业有一个不成文的规定,即施工企业不能承诺通电时间。严格地说,通电手续的办理是业主的责任,让施工单位做出确保通电的条款是不公平的。乙公司系当地供电公司下属的一家大型电力

[1] 吴江水:《完美的合同》(增订版),北京大学出版社2015年版,第306-313页。

施工企业,具备较强的管理和施工能力,在业界有良好的口碑。后来在商谈合同时,乙公司以上级主管部门要求不能在合同中约定承诺通电时间为由,与甲公司协商,在合同条款中约定“乙方承诺在××年×月×日之前,项目具备带电条件”。后来,乙公司经过努力,通电时间比甲公司预期的时间晚了一个月。乙公司在追讨工程款时,甲公司以乙公司违约为由,要求扣除违约金后再支付剩余工程款,双方发生争议。在争议解决的协商过程中,对于“项目具备带电条件”的理解发生争议,甲公司认为项目具备带电条件就是项目通电,否则如何解释“带电”?乙公司认为项目具备带电条件的承诺并非通电承诺,因为项目具备带电条件是一种状态描述,是完成了验收、试验,可以送电,但是是否送电由电力公司决定,通电是一种结果描述。后来,甲公司经过咨询专业人士,认为乙公司的说法成立,按合同约定支付了剩余款项。

案例16－3就是因合同语言存在歧义发生的争议,但是语言的歧义并非没有意义。首先,通电时间并非施工企业可以自行掌控,要求其承诺通电时间,并设置高额的违约责任,是利用利益诱惑强人所难,对施工企业并不公平,施工企业利用专业优势给甲公司制造陷阱,从道义上虽然存在瑕疵,但是其出发点是化解甲公司的不合理要求,并无不当。其次,施工合同谈判及合同签订时,甲公司处于强势,施工企业处于弱势,施工单位如不承诺甲公司的条件,拿不到项目,若同意甲公司的条件,会产生两种结果:一是施工企业无法满足合同要求,被追究高额违约金,甚至会酿成纠纷;二是施工企业为满足甲公司要求,不择手段,可能会出现其他违法交易的风险。此时,利用合同语言存在的歧义反而成为一种不错的选择。

2. 使用有歧义的合同语言时的注意事项

审查人员在什么情况下可以故意使用具有歧义的合同语言,若使用了有歧义的语言应注意哪些事项?合同的目的之一是“定分止争”,理想状态下,经当事人之间的谈判,权利义务关系清晰,审查人员力求用准确的语言予以记载,真正的体现“定分”。但签约时,囿于当事人不同的认识、不同的思考着眼点,其并非都能清晰己方或相对方的权利义务状态,或即使清晰,也无十足的把握判断所使用的合同语言是否已完全准确地反映了商谈的结果。瞬息万变的商机往往不会留给当事人更多的时间去研究合同语言

的准确性,所以妥协变得必不可少。妥协,并非仅指对权利的让步,当然也包括了措辞上的妥协。语言上妥协的结果是各方找到能共同接受的措辞。

例如,一方坚持使用非常准确但非常不利于相对方的A语言,相对方坚持用非常准确但非常不利于对方的B语言。无论是使用A语言,还是使用B语言,双方都无法接受。于是双方一致同意使用都能接受的,客观看有歧义的C语言。此时,对于有歧义的C语言的使用就是妥协的产物,只是有的主体会暗地里做着利己的解释,而有的主体或做着利己解释,或将其当作缓兵之计。不可否认,有歧义的合同语言容易引起争议,但这并不代表有歧义的语言一定会引起争议,控制得当,争议在很大程度上可以避免。

因此,在故意使用具有歧义的合同语言时,审查人员应注意以下几点:首先,涉及核心权利,或制约核心权利实现的合同语言要尽量准确。关系到核心权利,或者制约核心权利的语言如果存有其他解释,即使其他的解释并不一定成立,但由于歧义的存在,争执会使当事人陷入被动局面,最终的结果可能只有通过妥协。这样,使用有歧义的语言将失去意义,争执也成了无谓的争执;其次,合同中如使用了有歧义的语言,在履约控制时,应通过证据的收集或创制,来弥补缺陷;最后,合同语言如有歧义,审查人员可换位思考,站在裁判者的立场模拟其会作出的解释,如裁判者的解释可左可右,且均有道理时,为确保可控,违约责任的约定则不能过重,避免"搬起石头砸自己的脚"的状况出现。

若需使用有歧义的合同语言,可从哪类语言入手赋予歧义则是审查人员面临的第二个问题。合同语言的构成中包括法律专业语言、标的性专业语言和书面日常用语,上述三类语言经处理都可赋予其解释的歧义。第一,可被赋予歧义的法律语言。合同语言的模糊词语表现到语义上会产生歧义,模糊词语是指某些缺乏明确可指"语言对象"的模糊、抽象词语。为深入分析词语的意义,哲学家和语言学家把意义分类为系统意义与外指意义。前者与语境无关,仅涉及语言成分内部之间关系的意义,是意义的中心。后者为语言跟外部世界的关系意义。[1] 系统意义的模糊性体现到合同语言主要表现为词汇的模糊性集中于语义,名词、动词、形容词、代词、连

〔1〕 董晓波:《中国立法语言的模糊性:一种法哲学的思考》,载杜金榜主编:《法律语言研究新进展》,对外经济贸易大学出版社2010年版,第3页。

接词等。有的语义都普遍具有模糊性,如“紧急情况”、“严重违约”、“诚实信用”、“公平”、“公正”、“合理”。不过值得注意的是,模糊的语言,尤其是模糊的法律语言也存在不同。不确定的法律概念,其不确定的程度亦不同。一种是内涵不确定,但外延是封闭的,另一种是内涵不确定,且外延是开放的。前者称为封闭的不确定概念,如危险、违法性。后者如合理、不合理、公平、不公平。封闭的不确定概念,虽然不确定,但由于外延封闭,因此在概念的精确程度上,已接近确定的法律概念。[1] 外指意义是指词意在特定语境、文化背景下的,具体化了的系统意义,有着物质化的特征。[2] 语言在不同的历史时期,不同的社会环境中会发生“流变”。如对“子女”的理解。子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女、继子女、试管孕育子女,另外,由于职业不同、教育背景不同,对语言的理解也会不同,出现几个“平义”也不足为奇,如“善意”、“恶意”,在法律人员和其他人员的脑海里有着质的的差异。第二,标的性技术语言可以赋予歧义。如前述例子中“带电”、“带电条件”。实务中,审查人员可能对专业技术术语并不在行。因此,需要专业技术人员的配合,切忌不能望文生义。第三,其他可以赋予歧义的语言,如“验收”。此点在本节已论述,此处不赘述。

赋予合同语言歧义时应如何把握好歧义度或模糊度,是接下来的第三个问题。合同中,除去毫无意义的语言之外(如有些纯属废话的前置条款),都有着特定的核心信息范围,该范围中分别由“上界”和“下界”予以框定。超出上下界的范围则意味着过度。虽然核心范围未以任何有形的载体反映其存在,但其却真实存在。只是,因不同的人,对于核心范围的界定不同。如批评某人“言之无物”、“词不达意”、“含混不清”都应视为评论者对语言过度超出信息核心范围的指责。对是否过度的评价包括自主评价和第三方评价(含公允第三方)。如某人表述一个问题,自己认为已经说得非常清楚,但其他人给出的评价可能是“词不达意”。再如,双方争执不下时,会有人提出“找人评理”。其实,因合同语言争议而提交诉讼或仲裁就是寻求“特定的地方”和“特定的人”评理,就是将有争议的信息交由公

---

〔1〕 梁慧星:《民法解释学》,法律出版社 2015 年版,第 293 - 294 页。

〔2〕 董晓波:《中国立法语言的模糊性:一种法哲学的思考》,载杜金榜主编:《法律语言研究新进展》,对外经济贸易大学出版社 2010 年版,第 4 页。

允第三方评价。

实务中,合同经常会接受第三方的评价,如委托人、合同相对方、裁判者、上级机关、中介机构不一而足。因此,审查人员在使用合同语言,尤其在使用有歧义的合同语言时应注意两点:

一是对歧义程度的把握。合同语言的使用并不排除歧义语言的使用,但无论出于何种目的使用有歧义的合同语言都需把握适当的度。否则,不但会因此破坏合同的严谨性,还会让策略的使用效果付之东流。比如合同中势必会涉及权利义务,一方违反约定不完全履行义务往往构成违约,但不同的违约行为对合同目的的冲击不同,不同的违约行为损害的权利类型不同。若不加区分,单纯且笼统地使用“违约”、“严重违约”、“一方违约”、“按合同法规定”、“包括并不限于”、“解除合同”、“承担赔偿责任”、“赔偿所有损失”等模糊性语言,其实已经突破了应有的度。因此,对于“度”的把握应区分有歧义的合同语言是牵涉“定性”问题,还是“定量”问题。若歧义的合同语言影响了对合同性质的判断,影响了核心权利或制约核心权利的其他权利的实现,增加了自己不应负担的义务或减轻了相对方应负担的义务且影响合同目的的实现时,合同语言的歧义显然已超过了应有的度。一言以蔽之,故意或放纵赋予合同语言歧义应属别无选择之后的选择,关于对“定性”或“定量”的掌握,只有在个案中,依据实际情况予以具体化。

二是歧义过度后,关注对合同语言的倾向性解释。合同语言即使有歧义,即使歧义已过度,结合语境往往也会作出倾向性解读和判断。尤其是结合证据,倾向性会更加明显。民事案件的处理与刑事案件不同,势均力敌时,语言解读的倾向性会决定输赢胜负。审查人员在有意使用,或放任相对方使用有歧义的合同语言时,尤其通过自主判断,初步确认已过度时,应充分换位思考,注意各方作出自利“倾向性”解读的依据和方式,判断第三方,尤其是公允第三方的评价,并判断由此造成的影响,避免自说自话和自我陶醉。

(三)谁先说——有起草权的主体一定掌握主动吗?

1. 合同起草权与知己知彼

审查人员审查的合同可能来自于己方、相对方或第三方起草的合同。由于每个合同有着自己的特性,第三方起草的合同再规范也不能直接使用,绝大多数还需修改,故可将首先修改的一方作为合同起草方。不可否

认,从自利的立场出发,无论是谁起草合同都很会在趋利避害的驱使下,对自己的权益体现和保护会存有倾向性。因此,许多人主张争取合同的起草权非常重要,且固执地认为只有争取到起草权才能更好地考虑和保护自己的利益。

但事实是这样吗？合同是不同利益主体之间的博弈,博弈的实质是对利益的再次分配。博弈中,合同各方当事人会共同设置一些规则,避免出现双方均不想见到的后果,以顺利完成此次博弈、分配。合同的签订意味着对“共同规则”的认可,并应遵照执行。但以“共同规则”形式出现的背后往往是一方制定的策略的固化。策略的制定并非是凭空想象,其必须建立在“知己知彼”的基础之上。合同的起草方一旦提交合同草案,则会让相对方准确地判断其或然性选择的明确分布,从而让相对方的对应性的选择克服不确定性而变得更加从容,其策略的制定也更有针对性。即合同谈判时,合同各方主要集中在关键的权利义务条款,即使对一些细致的条款有所涉及,往往也一带而过。谈判时,出于利益的统一性,交易的达成为第一目标,即使对有些权利义务条款存在不同看法,语言上也会模糊处理,或表现出求同存异的态势。从这个角度来看,合同谈判的过程并不能让当事人完全准确地判断出相对方的真实想法。于是,谈判阶段当事人只有通过推断对方的真实目的并据此制定策略,当事人推断出对方有多少种想法,则会相应地制定出多少种应对策略,推断在被有效证实之前,怀疑与不确定性就会持续存在。合同草案的提交,使相对方对于起草合同方的真实意思了然于胸,或者说,起草合同方原来的或然性选择变成了必然性选择。基于此,相对方对于起草方的关注重点,包括起草方自己关注的重点和其对接受方的关注重点都一目了然。起草方的关注重点有些可能在接受方的意料之中,有些则可能在意料之外;意料之外的分为两种情形:一种是意料之外的坏(难),即起草方应关注且已重点关注的部分,或之前推断起草方不应重点关注却已被重点关注的部分;另一种是意料之外的好(易),即起草方应重点关注的部分却未予以重点关注,或接受方并不重点关注的部分却被起草方重点关注。“意料之中”的部分按既定策略处理,“意料之外的坏”的部分重新调整策略,对“意料之外的好”的部分则暗暗地欣然接受。无论是“意料之中的坏(难)”,还是“意料之中的好(易)”都给了接受方以

充分的空间,包括充分判断起草方的真实意图和策略调整的空间。比如,接受方并不重点关注的权利却被起草方重点关注,则接受方会相应调整策略,加大该权利作为筹码的比重,以换取起草方在其他方面的让步。而这一切的调整,都是在起草方不完全清晰接受方真实意图的前提下发生。因此,对合同起草方而言,合同草案提交后其可能做到了"知己",但却没有完全做到"知彼",而对于接受方,不但"知己"——我知道我怎么想的,也知道了对方的真实意思——我知道你怎么想的,更为关键的是其相对清晰了起草方如何看待自己——我知道你怎么想——我是怎么想的。

2. 实务中应争取起草权的情形

虽然起草方的主体往往不能做到知己知彼,但对事物利弊的评估应综合各种因素,而不能仅拘泥于"知己知彼"。实务中有两类合同应力争合同的起草权:第一,处于合同弱势地位的主体。合同地位的不平等天然形成,合同地位的不平等使弱势方的谈判能力、议价能力受到不同程度的限制。如此时合同的起草权落入强势地位一方,其对弱势方权利的忽视或对加重弱势方义务的局面可能会更加严重,甚至,不排除强势方将之前谈判达成的初步一致置于不顾,而按照利己原则肆意设置权利义务体系。弱势方由于议价能力被限制,一旦合同草案提交,通过协商挽回的可能性会大大降低,这无疑会让弱势方雪上加霜。因此,弱势方力争合同起草权的目的不是通过起草扭转主被动关系,不是通过起草增加自己的权利,或减轻自己的义务,而是防止权利被进一步忽视,或义务被进一步加重;第二,时间紧迫的合同。商业机会往往具有一定的时效性,在稍纵即逝的商机前,对有些当事人而言,时间越充裕主动性越强,可选择的对象越多,反之相反。合同谈判、起草都需耗费一定的时间,时间的流逝在吞噬一方主动性时,另一方的议价能力却被悄然提升,在合同一方主体因时间紧迫而无可选择时,结果可想而知。因此,时间紧迫的合同,若时间流逝会对自己产生不利影响,则争取合同的起草权就是争取主动,争取选择权,以避免对方以各种手段和理由拖延提交合同草案而使自己陷入被动。

(四)病态追求的克服——合同语言是孤立的吗?

1. 关联与孤立——使用合同语言不能脱离语境

精确是法律文件独有的特征得以形成的驱动力量。精确不一定就意

味着极度清晰，它也可能包括采用适度的模糊性或灵活性。[1] 精确是合同语言的灵魂，但囿于主客观条件的限制，尤其合同的签订在时间上往往具有紧迫性，其并不能给审查人员以字斟句酌的条件。况且，在取之不尽的语言素材中选取能完全准确的语言作为合同语言使用基本是不可能的，尤其在孤立看待合同语言时，更容易得出这样的结论。在社会实践中，合同的语言往往都是在特定的语境下使用，即使孤立的来看有歧义的合同语言，一旦与具体语境相结合，其含义也能被准确界定。若将一个词独立出来，离开具体的语言环境，对准确与否的判断则毫无意义。语境可以分为大语境和小语境。小语境指上下文、一个词语、一个句子在特定上下文里是什么意思，靠的是语言所处的环境。大语境是指整体环境，包括语言使用的场合、交易领域、商业习惯、文化信念等。合同语言的使用要注意具体的小语境，同时，也要注意相对抽象的大语境。合同语言准确与否的判断必须结合特定的语境。因此，在实务中使用合同语言不能视语境为无物。既然合同语言不是孤立存在的，那在行文时就不能脱离语境而病态的吹毛求疵。

2. 严谨与开放——使用合同语言的多维思维

思维是认识世界的意识活动，法律思维如同政治思维、经济思维、天文思维等各种思维一样，是人类的思维方式之一。每一种法律制度都有与之相应的法律理念，因而有与之对应的法律思维系统。社会群体所共同形成的法律思维系统，是社会个体法律思维体系的提炼。就个体思维体系而言，大体上与社会群体思维体系相容的同时仍然存在大小不一的冲突。个人具有法律思维，不仅需要法律专业培养，也需要法律实践锻炼。[2] 思维最大的敌人是习惯性思维，影响思维的最重要影响是过去的经验，包括来自他人的经验和自己积累的经验。习惯思维既有积极的一面，也有消极的一面。消极的一面主要是容易让人形成思想上的“仿性”，养成一种呆板、机械、千篇一律的思考习惯。在习惯性思维框架中，知识点的增长和社会的实践仅增加的是固定模式下的经验，其会益于思维的严密性，却不能对既成定式产生突破。法律思维亦如此。

---

〔1〕［美］约翰·吉本斯：《法律语言学导论》，程朝阳、毛凤凡、秦明译，法律出版社2007年版，第45页。
〔2〕宋北平：《法律语言》，中国政法大学出版社2012年版，第181页。

例如,在实务中有一种僵化的习惯思维是试图将一些外延开放的语言或语句的外延封闭,如经常遇到的"包括但不限于"的提法。"包括但不限于"通常是在举例说明某问题但无法囊括语言的内涵与外延时使用的类似"所有情形"的描述。例如,"甲方向乙方交割的文件不包括甲方对转让标的进行管理的内部文件,包括但不限于各种请示、报告、批示、计划、会议纪要、股东会决议、董事会决议、法律意见书和法律分析包括等。"这类句子表面看起来十分规范,但往往却不能达到审查人员期待的效果。"包括但不限于"与"等"、"等等"的使用在功能上并无差异,其实质是以"开放对开放",即力图使用外延开放的概念解决外延开放语言的问题,如用谎言验证谎言的效果并没有质的区别。但对于内涵不确定且外延开放的语言仅以此方式应对并无意义。如上述表述中提到了"进行管理的内部文件",那何为进行管理的内部文件?何为管理,其与什么概念相对应?参照何物界定内部还是外部?内涵不确定,外延开放的不确定,再加上参照物的缺乏,"包括但不限于"的使用除能为审查人员谋求心理安慰之外,对问题的解决无济于事。参照物在语言表述中的作用至关重要,无论是在口头用语中,还是在书面语言中,语言常常含有参照因素,有时该参照因素明确,有时不明确。如"这个李子没有那个苹果甜",其中"那个苹果"是明确的参照物;"这个李子不甜",虽然吃李子的人做出评语时没有明确参照物,但其作出评语时肯定是与某些参照物比较才得出结论。当然,其参照物可能是其以前吃的李子,或者是与其他水果相比。"内部"显然是和"外部"相对应,因参照物缺失,内部可以理解为公司内部,也可以理解为系统内部,甚至可以理解为我国国内。显然,这其中的理解有着荒唐的一面,但站在不同的角度和立场,不同的文件做出的理解不同,而不同的理解所导致的法律后果也不同。如国资部门同意甲方转让标的的"批示",条款中"包括但不限于"中也提到了"批示"。那该批示算不算内部文件?若不算,那"批示"是下发给甲方的,为什么不算?若算,则可以不用交割,但不交割则无法办理过户等相关手续,影响到合同顺利履行,双方签订合同的目的何在?

实务中,"包括并不限于"看起来强大的功能让有些审查人员习惯性丧失了主动思考的能力。且不说在合同领域,即使在立法领域,任谁都无法避免使用一些内涵不确定且外延开放的语言。审查人员在面对此类情形

时，应充分考虑合同特性中的对应性。有的语言正面使用可做到准确，但若正面使用无论如何都无法克服歧义，或无法界定内涵，或无法封闭外延时，也可考虑侧面使用、迂回或反向使用。常态下，合同中的权利与义务、权利与权利之间有着自然的对应性，正面、侧面、迂回或反向使用合同语言就是充分利用这种对应性。正如上述例子中表述的，甲方不交接文件的权利，实质是对乙方要求交割文件权利的范围限制，这种限制完全可通过详细列举乙方有权取得文件的方式完成。当然，乙方取得文件的外延也是开放的，但站在甲方的角度，其列举的是否详尽、是否完善、开放的外延是否能封闭则是乙方应考虑的事情。

合同语言是思维的外在表现形式，也是思维的对象（如房屋租赁合同中对标的语言描述，“租金”是税前还是税后？是包括家具家电的价格，还是不含？这时，思考的虽不直接是合同语言，但却是以合同语言作为媒质）。之于合同领域，对审查人员而言，作为“外在表现形式的思维”是审查人员的思维，作为“对象的思维”除包括审查人员的思维之外，还应接受评价，这种评价是以合同语言作为媒质。合同语言的准确性是指“作为对象的思维”准确，或是“媒质”准确。准确与否是一种评价，“作为对象的思维”是否能被评价为准确，有赖于审查人员的思维和具体使用的语言是否准确，因准确的思维被准确的语言表现于外才能称之为准确，而这其中审查人员的思维是否准确是关键中的关键。

那作为法律专业的审查人员的“思维”是否“是且仅是”与法律相关的“法律思维”？答案显然是否定的。毋庸置疑，合同行为是法律行为，但其首先是一种经济行为。合同的谈判、签订和履行涉及了经济学、法律学、心理学、营销学、管理学、社会学等学科，如作为主角的审查人员的思维仅限于法律思维，显然不能满足当事人的需求。

[**案例16-4**]某国有单位作为买受方委托某审查人员审定一份拟签订的《买卖合同》。审查人员根据经验在违约条款中对出卖方迟延交货设定了相适应的违约金。该国有单位的负责人在签署合同时将违约金大幅下调，使其仅具有象征意义。审查人员不解，认为该条款明明对己方有利，为什么要大幅下调？单位负责人在回答审查人员疑问前，先提出几个问题：“《买卖合同》中出卖方是否存在迟延交付的可能?”审查人员回答：有。

问:“那一旦出卖方迟延交付,公司(买受方)怎么处理?”答:催促交货并让其承担违约金。问:“如出卖方不支付违约金怎么办?”答:可以提起诉讼。问:“上级单位统计诉讼案件时要不要将该案件上报?”答:要上报。问:“如诉讼出现问题,或执行出现困难时考核的结果如何?”答:可能会扣分,影响奖金。问:“那象征性约定违约金,对方如违约是不是主动支付的可能性大?”答:是的。问:“如出卖方违约,致使买受方的损失高于违约金是不是可以请求变更?”答:是的。审查人员将上述问题回答完毕后知道了公司负责人的良苦用心。

从案例16-4中可以看出,审查人员在开展工作时应拓展思维。拓展可从两方面考虑:(1)立足于法律思维—不局限法律思维—回归法律思维。合同审查是法律审查,因此,审查合同的起点和最终落脚点都应是法律思维。只是,在审查过程中,应考虑非法律层面的因素对当事人及对经营层的影响,并站在不同的立场,分析各自的利弊得失。唯有如此,才更容易找到各方的妥协点,才会提高合同语言的准确率;(2)立足于正向—逆向与横向—纵向。“不识庐山真面目,只缘身在此山中”,游山如此,观察合同语言也难免如此。不同的立场、不同的出发点,对合同语言的认识难免有一定的片面性,因此,要正确认识合同语言的真相与全貌,必须超越狭小的范围,摆脱主观成见。如何超越狭小的范围?如何摆脱主观成见?合同中权利与义务往往是对应的,一方的权利恰恰是相对方的义务,另外,站在不同的角度观察,肯定性表述与否定性表述的功能可让权利与权利、义务与义务对应,或者将权利转变为义务,或相反。

例如,“甲方向乙方交割的文件不包括甲方对转让标的进行管理的内部文件,包括但不限于……”此描述中的“不包括”是以甲方为表述对象的否定性语气,其目的是明确甲方权利,“不包括”的外延是开放的,且无法封闭。若还以甲方作为表述对象,变否定性语气为肯定性语气,可将甲方权利描述为甲方义务:“甲方应交付的文件包括:……”“应交付的文件”外延是开放的,但可以通过具体列举文件名来封闭,或者干脆变更描述对象,即从以甲方为描述对象变更为描述乙方,肯定性语气表现为权利条款,如“乙方取得的文件包括:……”“乙方取得的文件”外延是开放的,但可以通过列举予以封闭,若使用否定性语气,则可将乙方的权利条款转化为义务条款,

如“乙方不得向甲方索要的文件包括：……”“不得索要的文件”外延是开放的，且无法封闭。合同是对未来交易关系的规划，“未来”具有不可知性，确实存在不确定因素，但一般情况下，合同的签订应是基于现实已确定的因素，否则，无论合同的语言如何组织都不能做到准确。

在案例16－4中，若合同签订时，甲方和乙方对甲方应交付的文件，或不应交付的文件都不确定，无论是以甲方还是乙方作为表述对象，不论是用肯定性语气还是否定性语气都无济于事。最终处于强势地位的一方只有使用“包括但不限于”的表述获得心理安慰。因此，无论是正向使用合同语言，还是反向使用合同语言，抑或是正反向结合使用合同语言，其是否准确的根源都在于已知因素是否确定，如作为合同内容的已知因素都未确定，或者说当事人之间的权利义务都不确定，那讨论作为外在表现形式的合同语言的准确使用无异于舍本逐末，缘木求鱼。

由此可见，评价合同语言的是否准确有着特定的前提。不准确的合同语言是指在权利义务的内涵与外延相对确定的前提下，由于语言组织、语言使用方式等出现问题导致本应确定的内容变得不再确定。如何在合同内容相对确定的前提下组织合同语言？避免这种差异的出现要依赖于语言使用的自身技巧。从技巧考量，语言组织应灵活多变，其中包括：表述对象的选择与变化，肯定性语气与否定性语气的使用与变化，正向与反向、迂回与侧向表述策略的使用等不一而足。实务中，合同语言的使用并无定式，没有一劳永逸的方法。审查人员只有根据个案的不同、权利义务类型的不同、交易对手的不同和合同强弱地位的不同随机应变。

第三节　常见语言歧义与合同纠纷及应对

一、因信息不对称造成的歧义与责任承担

（一）背靠背的信息不对称——自利解释与责任分配

信息不对称理论是指在市场经济活动中，各类人员对信息的了解是有差异的，掌握信息比较充分的人员，往往处于比较有利的地位，而缺乏信息

掌握的人员,则处于相对不利的地位。在合同领域,信息不对称不但会影响当事人讨价还价的能力,还会对责任分配造成影响。"影响责任分配"往往是因同一项内容所涉主体不同,不同的主体从自利的角度,在不做进一步沟通的前提下,对已形成的法律文件或合同分别做出延伸解释,即"你说你的,我说我的",最后形成对相同的法律文件不同的理解,而这种不同解释使当事人都减轻了自己的责任。背靠背的信息不对称造成的理解歧义不是单纯因合同语言表达、句子成分安排等引起的歧义,其涉及了对整体法律文件性质的不同理解。

[**案例16-5**]甲市进行旧城改造,需要对电力线路进行迁改下地。由于线路迁改下地的专业性强,需要乙供电公司配合,政府分管部门为了加快改造进度并分散风险,便向乙供电公司出具了一份《委托书》,委托书的中心内容是:"甲市×××旧城改造项目中涉及的电力线路迁改下地由乙供电公司负责依法管理实施。"甲市政府部门出具该委托书的本意是委托乙供电公司办理迁改手续、确定施工单位。其隐含的意思是旧城改造中的线路迁改项目实施都已委托给乙供电公司,当然,责任也应一并移交给乙供电公司。至于乙供电公司在项目组织实施过程中是否有违反法律法规及规定的情形,比如乙供电公司在实施过程中是采取招标、比选、还是直接委托的方式确定施工单位,其中是否存在瑕疵,都应由乙供电公司承担而与己方无关,即使事后面临追究责任,完全可以说由于线路迁改的专业性强,已委托专业的乙供电公司实施,而且也书面提出了要求,即要求乙供电公司"依法管理、实施"。此时,乙供电公司在接受委托时的心态也比较复杂,既想得到项目的管理权,直接交由自己下属单位丙公司实施,赚取比招投标来源更高的施工利润,但其又怕成为甲政府的"替罪羊",毕竟该项目使用的资金是政府专项资金,事后会面临不确定次数的审计和检查,若因此给己方带来不必要风险则得不偿失。况且,乙供电公司明知甲政府将该项目委托给自己的用意是想取得"一箭双雕"的效果,即加快项目实施进度(电力线路迁改需要供电公司办理相关手续才能实施,且在实施过程中也需要供电公司的配合。如甲政府通过招投标或其他方式将项目实施交由乙供电公司以外的施工企业实施,则担心乙供电公司配合不积极而影响工期),且将责任移交给己方。

后来,乙供电公司将该事项交由合同审查部门论证,审查人员根据具体情况出具了论证意见认为:旧城改造中涉及的线路迁改下地项目的招标主体是甲市平台公司,并非乙供电公司,因此,与具体施工单位签订施工合同的主体不是乙供电公司,而是甲市的平台公司。委托书中虽明确要求乙供电公司依法管理实施,但这并不能与明确了乙供电公司在项目中的地位画等号,可以理解成委托乙供电公司为项目代理业主,此时,"管理"与"实施"属于并列概念,也可理解成委托乙供电公司从"行业上"负责管理实施,此时,"管理"与"实施"不是并列概念,"实施"是"管理措施的实施",而不是"具体项目的实施"。

既然可以做出不同的理解,且不同的理解所面临的风险不同,那么可以通过一定的形式固化对自己有利的理解。基于此,审查人员建议乙供电公司召开总经理办公会,对委托书中管理实施的内容进行细化解读。乙供电公司在审查人员的建议下,形成总经理办公会决议,按照行业管理的特性,对"管理实施"的含义进行了解释,列举出类似供电方案审批、安全管理、措施实施等内容。甲市政府管理部门和乙供电公司相互都认为项目实施的"责任"不在自己一方。在背靠背的信息不对称的情况下,甲市的平台公司和乙供电公司的下属施工单位签订了《线路迁改下地施工合同》。甲政府理解施工单位是乙供电公司指定的施工单位,乙供电公司则认为施工单位是甲市平台公司自行确定的施工单位,自己并未指定。项目实施完毕后,国家审计部门在对该项目进行审计时,就工程未招标提出质疑。甲市政府部门依据委托书认为线路迁改属于专业工程,已委托了具有专业管理能力的乙供电公司管理实施,至于乙供电公司未招投标是其未尽依法管理实施的责任,乙供电公司向审计部门提交了自己的总经理办公会纪要和项目实施过程中自己"依法管理"所形成的"实施"文件,表明已经履行了管理实施的责任。最后,考虑到该工程已经顺利实施,其中也不存在其他违法交易,程序的问题是双方理解差异造成,事情不了了之。

(二)面对面的信息不对称——内部沟通不畅引发的不利后果

合同签订与履行中往往涉及不同的人员,内部沟通不畅造成的障碍体现到外部,会在当事人之间形成面对面的信息不对称,若不对称的信息有利可图时,则会给予机会主义者获取高额收益的机会。尤其在多重管理的

企业体系中,有些具有合同签署权的上级管理单位往往以橡皮图章的形式作为行使管理权的标志,内部沟通不顺畅而产生争议的概率会大大提高。

[**案例 16－6**]甲集团承接了某项目一户一表工程,该工程由其乙分公司具体负责实施。根据集团设置的管理体系,乙分公司虽负责实施但不能自行签署一定金额以上的物资采购合同。于是,乙分公司通过比选的方式选定丙电线电缆集团有限公司供货并以甲集团的名义签订了电缆供销合同,合同金额共432万余元,合同约定的部分电缆是四根单芯电缆为一组的预分支电缆,计量单位以组(4芯)/米为单位。合同履行过程中,丙公司将甲集团公司订购的四芯一组的电缆送成单芯一组的电缆,而乙分公司的现场收货人员并不知道合同约定的计量单位,对丙公司的送货单据予以签收。这样,丙公司所送的预分支电缆的数量就不能满足现场施工需要。于是,现场项目实施人员请求增加订货量。乙分公司又以甲集团公司的名义与丙公司授权的丁公司先后签订了两份电缆采购合同,合同金额共计450余万元。这两份合同在履行过程中,由乙分公司现场收货人员仍按丁方送货的数量进行签收。项目实施完毕后,在结算时发现了由于各方对计量方式的理解存在差异,致使计算的数量发生巨大差异,即乙分公司认为应按四芯一组计算,而丙公司和丁公司认为应按一芯一组计算,双方争执不下,诉至法院,最后双方各让一步,调解结案。

案例16－6充分反映了合同签订主体、履行主体、具体执行人员之间因沟通不畅而导致当事人之间面对面的信息不对称。甲集团公司作为签约主体,其实就是一个橡皮图章,名义上加强了管理,但实质上由于对合同的内容、履行均不了解,其只会按分公司的要求盖章而已,乙分公司现场收货人员并不知道合同价格、计量单位,其签收行为无可非议,乙分公司在履约中并不知道现场人员如何签署收货文件,在现场收货人员提出数量不足时,误以为是订货数量不足,所以只有增加订货,请求甲集团公司追加订货。丙公司和丁公司在送货过程中取得了对方签收文件,又签订了追加订货合同,当然认为一芯一组的计量方式被对方接受。该案件的发生有些匪夷所思,充分地暴露了甲集团公司管理中存在的巨大漏洞,同时,也提醒审查人员在实务中应高度重视合同签约主体、履行主体和具体执行人员的不同,以及由此引发的沟通不畅与面对面信息不对称等情况带来的不利法律后果。

二、同一专业术语因指向不同主体时内涵不同而引发的歧义

实务中，有一种合同语言具体特定的内涵和外延，但因对同一行为，存在不同的权利，或权力主体，对看似已做出准确表述的合同语言，因权利或权力主体不同而被赋予不同的含义，如常见的“验收”条款。验收是指按照一定的标准进行检验、认证、评价和鉴定。在实务中，对于验收的内涵不存在争议，但在特定的行业中，验收被赋予了其他的含义，行使的权利主体、验收的内容及后果均不同，如电力工程验收。就电力工程本身而言，验收的权利主体是业主或发包人，验收的内容是承包方提供的电力设备、设施是否符合合同约定，工程施工质量是否合格。但由于电力工程实施的目的是并网通电，而并网涉及电网的安全运行，因此，电力公司为保障接入工程不影响电网的安全运行需对电力工程进行验收，然后根据验收的结果决定是否允许接入。业主的验收和电力公司的验收既存在关联又有所不同。相关联的是，验收对象都是针对设备和工程；不同的是，验收的内容、标准和验收结论所带来的后果不同。因此，“验收”这一概念对业主和电力公司所赋予不同的内涵。实务中若不能正确区分这种关联和区别会造成歧义。“验收”对电力公司而言是行业管理验收，验收的内容和标准是工程质量、设备性能是否能满足安全运行的条件。电力公司的验收若不合格，则不能并网通电，此时即使业主或发包方验收合格也不能改变这一事实。同理，即使业主或发包方验收不合格，而电力公司验收通过，一样具备并网通电的条件，比如，业主或发包方要求的是 A 品牌，但施工方使用的是 B 品牌。业主或发包方会因施工方未按合同约定品牌供货而出具验收不通过的结论，但 B 品牌若符合电网接入标准，电力公司一样会出具验收合格的结论。再如，同是对设备进行验收，业主或发包方验收的内容是施工方提供的设备是否符合合同约定，包括生产厂家、品牌、功能，而电力公司验收并不关心设备生产厂家、品牌，其验收的方式是通过实验，确定设备性能是否达到满足接入电网的标准。在实务中，常出现业主或发包方验收合格，但电力公司验收不合格而无法通电的情形。若此时《施工合同》中没有进行区分约定，业主或发包方会陷入被动。因为业主或发包方签署验收合格的意见就意味着施工方已经完全履行了合同义务，但若电力公司验收不合格，项

目不能通电,对业主或发包方而言,并未实现合同目的。为避免出现上述尴尬的局面,必须对电力工程中的"验收"做出准确界定否则会引起不必要的风险。

三、因语言组织顺序引发的歧义

合同语言的组织顺序在一定意义上决定了合同语言是否准确。在争议发生诉至法院或提请仲裁后,如合同语言可做不同解释,且该不同的解释又能使判决或仲裁结果发生质的差异时,则是因为当事人自身原因,变相扩大了法官或仲裁员的自由裁量权,使自己对处理结果处于不可控状态。合同审查的功能之一就是排除己方可能承担不利后果的风险,而排除风险的主要措施之一就是准确使用合同语言,且对合同语言进行准确排序,从而达到尽量压缩合同条款解释空间的目的,最终在纠纷解决时压缩法官或仲裁员的自由裁量空间。否则,一旦发生争议,诉至法院或提请仲裁,当事人就会因此丧失对最终处理结果的控制而沦为鱼肉,使其承担不利后果的可能性大增。

[**案例16-7**]一字之差错失百万,使浙江义乌的鲍先生陷入语言陷阱。鲍先生承包了某公司厂房建设工程,并于2005年11月16日向对方缴纳100万元的保证金。后来,因诸多原因导致工程没有能够开工建设,该公司同意于2013年8月15日退还鲍先生保证金100万元,关于资金利息,公司同意按照0.7%计算,同时约定:"若在2013年8月15日前无法归还,按2005年至2013年8月15日后银行同期贷款利率的四倍计算支付利息。"双方发生争议后,诉至法院,但是"按2005年至2013年8月15日后"中的"后"字加大了法院的自由裁量空间,最后,法院认为"后"的意思应按"之后"理解,应在2005年至2013年8月15日这一时间以后的利息,按银行同期贷款利率的四倍计算。这和鲍先生主张从2005年开始按照四倍利率计算的主张差距巨大,最后,鲍先生吞下了语言使用不当的苦果。[1]

在案例16-7中,由于鲍先生的语言排序问题加大了法官的自由裁量权,最终使其承担了不利后果。其实,从鲍先生起草的合同条款看,无论法

---

〔1〕 该案例资料来源于:中国江苏网。

院是否支持鲍先生的主张都不会错。从合同语言本意解释,对“后”字做出认定,判定四倍的利率计算的起算点,并不违反合同的字面意思。但如果法院在裁量权范围之内,做出另外的判决,支持鲍先生的观点,把利息的起算点提前至 2005 年,也不会错。首先,从合同的目的解释,该条款的设定是对公司不按期返还保证金的惩罚。合同中“如在 2013 年 8 月 15 日前无法归还”是假定了该公司的违约行为,“四倍银行利率”的约定是希望加大对公司的威慑,以促使其按约定日期还款。当然,从 2015 年 8 月 15 日之后按照四倍利率计算也是惩罚,但威慑力较小,也许并非当事人本意;其次,从语言的表述习惯看,“后”或“之后”的使用应是将一个具体的时间节点或一个标志的出现作为参照物,例如,某人死亡后、货物达到后、2013 年 8 月 15 日后、2015 年 8 月 15 后,而非使用一个时间段为参照,例如“某人活着及死亡后”显然不符合表述习惯。因此,从语言表述的习惯可反推合同目的。故,如果法院判决支持鲍先生的请求也并无不当。实务中,审查人员应高度重视合同语言的组织顺序,关注“之前”、“之后”、“之内”、“并”、“或”等词语的使用对整体句子所产生的影响。

四、因法律概念混乱引起的歧义

法律之目的是“定分止争”,为了使法律具有权威性,排斥多义与歧义,准确历来是立法语言的灵魂,也是立法者尽力追求的主要立法原则之一。但国内外法律语言研究表明,由于种种因素的限制,使用模糊语言却是在制定法律时不可回避的事实。[1] 同时,囿于法律现象的复杂性和由于立法技术的局限性,立法语言难免出现混乱。实务中,若不能对这种本身就具有歧义的立法语言有正确的认识,无疑会因此酿成无谓纠纷。例如,《合同法》第 91 条将合同解除作为合同终止的事由之一,“终止”则成为“解除”的上位概念。但在我国法律规定中,“终止”的含义不尽一致:有时与合同消灭同义,这种意义上的终止便成为解除的上位概念,有时是解除的一种类型,有时则是与解除并列的概念。[2] 这种概念混乱确实暴露了我国立法

〔1〕 董晓波:《中国立法语言模糊性:一种法哲学的思考》,载杜金榜:《法律语言研究新发展》,对外经济贸易大学出版社 2010 年版,第 3 页。

〔2〕 崔建远:《合同法总论》(中卷),中国人民大学出版社 2012 年版,第 565 页。

中的一大问题。这种立法仅注意到合同解除的皮相而严重忽视了合同解除固有的不履行救济功能。[1] 另外,明确合同解除与合同终止的含义具有实际价值。

[案例16-8]某《户外广告牌租赁合同》第10条第1款约定:"承租人未按本合同第六条约定的数额、期限、方式支付租金,属于违约,本合同自动解除,出租人不再返还承租人已经支付的广告费。"该合同履行的实际情况是,出租人依约向承租人提供了户外广告牌,而承租人却未按《户外广告租赁合同》第6条的约定支付租金,构成违约。至此,该《户外广告租赁合同》是否已经解除,双方当事人的看法不一,诉至法院。在庭审辩论过程中,双方围绕着"自动解除"的用语争论不休。承租人抓住系争《户外广告租赁合同》第10条第1款所使用的(自动)解除这一用语,套用《合同法》第93条、第94条规定的合同解除,主张系争《户外广告牌租赁合同》第10条第1款约定的自动解除,就是《合同法》第93条、第94条规定的合同解除。既然如此,就必须遵守《合同法》第96条第1款的规定,出租人需向承租人发出解除合同的通知,系争《户外广告牌租赁合同》才被解除,否则,系争《户外广告牌租赁合同》就未被解除。没有证据证明出租人向承租人发出过解除系争《户外广告牌租赁合同》的通知,因而系争合同并未解除,继续有效。其实,系争《户外广告牌租赁合同》第10条第1款约定的自动解除,并非《合同法》第93条、第94条规定的合同解除,而是《合同法》第45条第1款规定的附解除条件。既然是附解除条件,且该解除条件已经成就,诉争《户外广告牌租赁合同》就当然地、自动地消灭,无须待所谓的解除通知到达承租人处才发生解除的效力。所以,承租人主张系争《户外广告牌租赁合同》未被解除,继续有效,是站不住脚的。

案例16-8给我们的警示是,在实务中,订立合同附解除条件,用语宜明确,没有歧义。假如系争《户外广告牌租赁合同》第10条第1款的约定换个表述方式,比如"承租人未按本合同第6条约定的数额、期限、方式支付租金,属于违约,本合同自动终止",或"承租人未按本合同第6条约定的数额、期限、方式支付租金,属于违约,本合同自动消灭",就不会出现上述

---

〔1〕 朱广新:《合同法总论》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第506页。

争议。[1]

案例16－8说明《合同法》中有些立法语言的选用本身就存在歧义，在具体使用合同语言时应予以充分关注，避免不必要的纷争。另外，由于法律现象的复杂性、人类认识的局限性决定了立法语言必须使用模糊性词语。如《合同法》第68条“经营状况严重恶化”、“丧失商业信誉”；第74条“债务人以明显不合理的低价转让财产”；第94条“经催告在合理期限仍未履行”等表述均属模糊表述。针对客观的和主观的模糊事物，作为具有普适性的《合同法》别无选择，只能使用相应的模糊语言。但对于具体合同，本身边缘模糊、分界不明的法律现象可以量化。如可从财务报表上界定在什么情况下属于“经营状况严重恶化”，可以设定标志界定“丧失商业信誉”等。若此时直接引自《合同法》条款而不予以细化，在效果上，这种看似已约定的事项与没有约定无异。

[1] 崔建远：《合同法总论》（中卷），中国人民大学出版社2012年版，第566－567页。

这本书构建了合同制作与审查的体系和脉络，总结了合同制作与审查的思维方式，提供了合同审查的方法，在一定程度上弥补了法学教育的缺失。

梁慧星（中国社会科学院学部委员，博士生导师）

上工治未病，良律师防患于未然。这本书的一个突出特点是分别从法律从业人员和企业家的不同角度，介绍了合同审查与制作的思维与技术，摒弃了法律从业人员的单向思维方式，是企业防范合同风险的实用之作。

韩世远（清华大学法学院教授，博士生导师）

做好合同审查，服务市场主体，这本书构建了独有的合同审查与制作的体系，介绍的思维方式和方法必将给法律从业人员及法学院学生带来益处。

王轶（中国人民大学法学院副院长，教授，博士生导师）

合同制作与审查结症的破解，不易！合同法学理论与实务的无缝链接，不凡！该书对合同实务指导意义值得深思。

于飞（中国政法大学教授，博士生导师）



上架建议◎ 法律实务 · 合同


法律出版社官方微信


ISBN 978-7-5197-0247-2
9 787519 702472

定价：68.00元